
Digitized by Google

JOANNIS VOET

JCTI ET ANTECESSORIS IN ACADEMIA LUGDUNO-BATAVA

COMMENTARIORUM

AD PANDECTAS

LIBRI QUINQUAGINTA

IN QUIBUS PRÆTER ROMANI JURIS PRINCIPIA AC CONTROVERSIAS ILLUSTRIORES
JUS ETIAM HODIERNUM, ET PRÆCIPUÆ FORI QUÆSTIONES EXCUTIUNTUR

EDITIO QUINTA VENETA

PRIORIBUS EMENDATIOR ET AUCTIOR

Cui nempe præter V. Cl. Caspari Burmanni Vitæ Auctoris Narrationem, & Indicem Generalem Titulorum, & Materiarum, in sex Tomis contentarum

NUNC PRIMUM ACCEDUNT ALII DUO TRACTATUS

DE FAMILIA ERCISCUNDA ET DE JURE MILITARI

QUI SIMUL CUM PRÆDICTO INDICE CONSTITUUNT TOMUM SEPTIMUM



TOMUS SECUNDUS

CONTINENS LIBROS V. ET SEQQ. USQUE AD XI. INCLUSIVE



B A S S A N I

SUIS TYPIS REMONDINI EDIDIT

MDCCCXXVII.



INDEX TITULORUM

IN COMMENTARIO

AD PANDECTAS CONTENTORUM

TOMO SECUNDO

LIBER V.

LIBER VI.

LIBER VII.

LIBER VIII.

LIBER IX.

LI.

LIBER X.

LIBER XI.

LIBER QUINTUS

TITULUS PRIMUS

DE JUDICIIS, ET UBI QUISQUE AGERE VEL CONVENIRI DEBEAT

SUMMARIA

1 *Nemo sibi ipsi jus dicere debet.*
2 *Recensentur casus excepti. An & judex mulctare possit eos, qui ei, qua judici, injuriam fecerunt?*
3 *Quid sit judicium; quid summarium; & an idem sit* summatim *&* de plano *cognoscere?*
4 *Quibus in casibus summariæ cognitioni locus sit tum jure Romano, tum moribus?*
5 *Si lis principalis summatim agitetur, idem agendum in quæstionibus in eam incidentibus; etiam in causa appellationis. An quis possit ab ordinario judicio cœpto desistere & ad summarium transire?*
6 *Quid sit judicium civile, quid criminale?*
7 *In concursu judicii civilis & criminalis ex eadem vel diversis causis, an prius civile, an prius criminale terminandum sit, per distinctiones explicatur.*
8 *Plures aliæ recensentur divisiones judiciorum. Lata fuit lex Julia, altera judiciorum publicorum, altera privatorum; posterioris capita quædam proponuntur.*
9 *Quot personæ constituant judicium; quis actor, quis reus sit?*
10 *Qui habeant legitimam personam standi in judicio; an collegia illicita sed tolerata? & an & quando filiusfamilias, tum jure civili, tum hodierno?*
11 *An minores 25 annis sine curatore? & quid, si sine curatore steterint in judicio?*
12 *An jure Romano & hodierno in causis criminalibus, si accusentur, aut accusent? An jure Canonico, & moribus, in causis matrimonialibus, & beneficialibus?*
13 *An qui veniam ætatis impetrarunt, aut nuptiis vel aliter pro majoribus sunt habiti, etiam de immobilibus sine curatore litigent?*
14 *An uxor hodierno jure possit sine viro stare in judicio tamquam rea vel actrix; vel impedire, ne vir uxoris nomine litiget? & quid juris, si contrarium pacto dotali actum sit; vel vir bonis cesserit?*
15 *Quid si litigare velit ut tutrix liberorum primi thori, vel ut executrix testamenti, vel ut publica mercatrix?*
16 *Stat tamen in judicio ex mariti mandato. Quid si maritus rata habeat per uxorem in judicio gesta? Quid si maritus absit, & periculum in mora? an sine viro alios sistere, vel sisti ipsa possit?*
17 *An criminis accusata uxor sine viro suo stet in judicio, & an pœna pecuniaria in eam constituta, stante matrimonio, executionem habeat contra maritum?*
18 *Si maritus malitiose agere vel defendere nolit in causa uxoris, uxor potest judicis auctoritate. An periculo mariti tunc uxor vincatur? & quid si maritus nolit nomine uxoris movere actionem injuriarum?*
19 *Si uxor non jure steterit in judicio & vicerit, marito prodest.*
20 *Actoris arbitrio relinquitur, quando velit agere. Litis cœptæ instantia quanti temporis lapsu perimatur? facile tamen adversus eam impetratur restitutio.*
21 *Quando locum habeat actio ex* l. diffamari? *Ejus extensio ad omnes causas, tamquam æqua, defenditur.*
22 *Non est locus actioni ex* l. diffamari, *nisi probetur diffamatio. Quando necesse non sit, probari jactantiam aut diffamationem?*
23 *Quo in loco sit intentanda actio ex* l. diffamari? *An alibi hac actione, alibi de negotio principali litigari?*
24 *Quot citationibus opus sit antequam vocato ex* l. diffamari *silentium imponatur? & an contra impositum silentium restitutio concedi possit?*
25 *Actor minus, aut partem debiti petendo, non peccat, at omnino plus petendo. Quæ sint pœnæ plus petentium jure veteri, novo, Canonico, & hodierno?*
26 *An, si actor cœperit quid petere pendente conditione, ac lite pendente conditio existat, reus condemnandus sit?*
27 *Agi non potest, antequam dies vel conditio debiti extiterit. Recte tamen agitur ad præteriti simul & futuri temporis usuras, fructus, reditus, alimenta annua, menstrua, item* post

post anni primi lapsum ad condemnationem debiti annua bima trima die solvendi, ut ita suis quibusque temporibus in futurum fiat executio.

28 *Quomodo agat de jure prælationis in generali concursu creditorum is, cui ex die vel sub conditione debitum: & an is, cui ex die, vel sub conditione debetur, interim cautionem petere possit in judicio stricti juris?*

29 *Quisque de suo, nemo de alieno debito conveniendus. An uxor pro marito, maritus pro uxore, filius pro patre? non extraneus pro extraneo; & de prohibitis pignorationibus.*

30 *Licitæ tamen ex concessione Principis pignorationes, seu repressaliæ, quoties debitor & creditor non subsunt uni supremo Principi, & Princeps alterius regionis peregrino creditori contra suos subjectos jus dicere detrectat.*

31 *Ordinarius judex non potest repressalia concedere, nec Princeps peregrinis, sed tantum subjectis suis.*

32 *Actore vel reo mortuo, citandi hodie hæredes ejus ad resumenda arma litis, licet adierint cum beneficio inventarii.*

33 *Non tamen, si in causa jam conclusum sit; nec, si sententia jam lata sit, quo casu tantum nova executio contra hæredes decernenda. Quid juris, si tutor pendente lite moriatur? vel unus ex pluribus cohæredibus post resumta arma litis?*

34 *Tertius in lite potest intercedere, ut litem in se transferat; quibus in casibus id fieri possit? An tunc intercedens recte petat, litem ad suum forum remitti? An hoc modo intercedere possit, qui sciens passus est litem ab alio sustineri, nec quantocius contradixit?*

35 *Quot modis tertius in lite intervenire possit, ut alterutrum juvet? Quibus in casibus interveniat ex voluntate unius litigantium? Quibus in casibus utroque invito?*

36 *Apud quemcumque judicem fieri potest interventio, & in quavis judicii parte, etiam in ipsa appellatione.*

37 *Nullus intervenit, nisi is, cujus interest, & qui eandem cum litigantibus habet litigandi causam; alias nova lite experiri debet; ut si ipse velit rem vendicare tamquam suam, quam alius vindicat.*

38 *Interveniens ut alterutrum litigantem juvet, non potest judicem declinare ut incompetentem, sed quidem ut suspectum; nec quicquam novi facere, quod is, cui se jungit, facere prohibetur. Qui scripserint de interventione.*

39 *Quid sit judex? narratur vetus judiciorum ordo & judicum dandorum mos: qui plura de eo scripserint; & de judicio decemvirali. Quando cessaverit judicum dandorum usus, & quid jure novissimo?*

40 *Quales causæ olim non potuerint per pedaneos judices cognosci: an & causæ liberales?*

41 *Quis olim in Hollandia judiciorum ordo fuerit?*

42 *Qui prohibeantur esse judices: an cæci, furiosi, tempore dilucidi intervalli, majores annis octodecim?*

43 *Repelli possunt judices suspecti, sed non aliter, quam allegata & probata speciali suspicionis causa, tum veteri, tum novo jure, tum moribus.*

44 *Recensentur plures causæ suspicionis: suspectus an judex, cujus filius alteri litigantium patrocinium aut procurationem in ea lite præstat? an is, cujus liberi aut fratres actori vel reo domestici, aut a ministeriis publicis sunt?*

45 *Suspectus non est judex urbanus in lite inter civitatem & civem vel peregrinum: nec senatores in causa societatis Indicæ, licet in ea partem habeant: contra si judex actori vel reo in ea causa privatus socius esset.*

46 *Suspectus est, quem pars una, non quem uterque petiit; quoto gradu cognationis vel affinitatis quis jure Romano ac moribus suspectus sit? Qualis amicitia ac familiaritas judicem suspectum faciat? rejiciuntur plures frivolæ suspicionis causæ. An jure Romano judex major potuerit recusari ut suspectus?*

47 *Totum collegium judicum hodie regulariter non potest suspectum dici, sed singuli, in quos justa cadere dicitur causa; nisi totum collegium facto quodam se reddiderit suspectum; & quis de causis suspicionis, tum singulorum, tum totius collegii, judex competens sit?*

48 *Exceptio judicis suspecti opponenda ante litem contestatam, quandoque & post.*

49 *Qualia sint officia judicis, quæ ad nobile, quæ ad mercenarium ejus officium reducenda sint? Quando judex tum nobile tum mercenarium officium impertiri possit non rogatus, plenius, & exemplis multis demonstratur, si lex aut consuetudo, aut suspicio falsitatis contra instrumentum, aut appellationis desertio, aut præscriptio, aut meri juris exceptio, velut ordinis, divisionis, non fuerint allegata.*

50 *Judex non debet per minorem causam majori cognitioni præjudicare; debet judicare secundum allegata & probata, simulque secundum conscientiam. Quid agendum, si hæc duo pugnent?*

51 *Debet judicare secundum leges, sive major, sive minor judex sit. Cujus loci leges in judicando observandæ sint, per distinctiones explicatur. Quid juris, si pendente lite, vel appellatione, lex nova lege abrogetur?*

52 *Nullus in jure est, aut esse debet casus pro amico, ut loquuntur.*

53 *Intra biennium criminale, civile judicium intra triennium finiendum; & quid olim obtinuerit? an adhuc hodie biennium servetur in criminalibus?*

54 *Quæ causæ etiam jure novo intra brevius tempus, quam est biennium, aut triennium, terminandæ sint?*

55 *Biennio vel triennio a lite cœpta lapso perimitur tota causa, non sola litis instantia.*

56 *Quid jure Canonico & moribus? Lites generali-*

liter quantocius terminandas esse, præcipue, si peregrinis jus dicendum sit.

57 Alia circa judicis officium monita, præcipue, ne affectibus indulgeant.

58 Quæ jure Romano & hodierno sint pœnæ judicis dolo vel imprudentia male judicantis, assessorum, & advocatorum, a judicibus rogatorum, & perperam jus suggerentium?

59 Quodnam sit officium judicis, cui litis instructæ præparatorium examen committitur, ut reliquus referat?

60 De ministris judicum, scribis, apparitoribus, accensis, interpretibus, præconibus, lictoribus, viatoribus, carnificibus, eorumque officiis tum ex Romano, tum ex hodierno jure, remissive.

61 An graphiarii nostri seu scribæ judicum suspecti argui possint, ne certis in litibus suo munere fungantur?

62 Quid juris, si apparitores judicum injuriis affecti sint? & quid, si modum egressi vim passi sint?

63 De sportulis judicum & apparitorum.

64 Actor sequitur forum rei; litis initio inspicitur, quodnam sit forum rei; exceptio fori declinatoria ante omnia alia debet allegari, & perit, si aliud a reo actum sit, aut in judicio allegatum.

65 An judex ipse, qui declinatur, de eo judicet, & an vocantem ad forum non competens in expensas damnare possit? An reus teneatur venire, & exceptionem fori declinatoriam opponat?

66 Quot modis quis forum competens sortiatur? Si reus pluribus in locis forum competens habeat, actoris electio est.

67 Ratione delicti in loco criminis perpetrati reus non modo præsens, sed & absens accusari potest.

68 Potest tamen & in alio quovis loco, in quo reperitur, præcipue in loco domicilii. In Hollandia tantum in loco domicilii, si extra locum domicilii intra Hollandiam deliquerit, nec apprehensus in flagranti delicto, aut fugitivus sit. Quid si Hollandus extra Hollandiam deliquerit?

69 An quis criminis accusari possit in loco, in quo immobilia habet, si ibi non deliquerit, nec apprehensus sit, nec domicilium foveat?

70 In concursu fori multiplicis in reo accusando præventioni locus est. Quis censeatur prævenisse? Quid si unus prius citaverit edictis, alter reum postea apprehenderit? Quid si unus in crimen inquisiverit, alter dein edictis citaverit ante primum inquirentem?

71 Præventioni etiam locus, cum in confinio duorum territoriorum crimen perpetratum est. Si inter duos de jurisdictione criminali quæstio sit, nec brevi finiatur, judex utroque superior ad se litem criminalem evocare potest.

72 Qualia crimina moribus nostris non nisi a certis judicibus coerceri possint? remissive.

73 Quomodo ratione contractus quis sortiatur forum competens, & ubi quisque censeatur contraxisse, si per literas consensus declaratus sit, vel alibi consensus interpositus, alibi instrumentum conscriptum sit; vel alibi contractum, sed ad locum alium destinatum sit implementum contractus?

74 Ubi actio tutelæ, vel ad legata, vel ad divisionem hæreditatis, vel universali judicio concursus inter creditores agendum sit, remissive; exceptiones proponuntur, quibus qui in loco contractus non potest conveniri.

75 De foro competente ex prorogatione, remissive.

76 De foro competente ratione rei sitæ; & an quis vi privilegii actionem in rem in loco rei sitæ motam trahere possit ad forum suum privilegiatum?

77 Actio in rem etiam extra locum situs in loco domicilii possessoris moveri potest, si de mobilibus, non item si de immobilibus agatur; & quid juris in petitione hæreditatis?

78 De foro competente ex reconventione; quid juris, si reconventus respondere nolit? An actor renunciando liti inchoatæ possit evitare reconventionem? An conventus ex contractu reconveniri possit pluribus actionibus, etiam natis ex delicto; an reconventio, & quo usque in injuriarum actione locum habeat? an unus ex pluribus cohæredibus agentibus, aut conventis, reconveniri, vel reconvenire ex alia causa possit?

79 Nemo invitus cogitur reconvenire, & an reus pendente lite possit actorem alia lite apud alium judicem pulsare?

80 Quo tempore, & an post litem contestatam reconventio fieri possit? an & post sententiam in appellatione?

81 An tutor, curator, administrator nomine officii pro pupillo & similibus agens reconveniri possit de eo, quod suo nomine debet, & vice versa?

82 An socius nomine societatis agens, de eo quod alia ex causa solus debet?

83 An actor reconveniri ab eo, qui reo in lite assistit, veluti ab auctore, qui emtori vocato adest? & an auctor vocatus ut assistat, emtorem vocantem reconvenire possit?

84 An is, qui in rem suam procurator constitutus est per cessionem actionis, si agat, reconventionem pati teneatur, de eo, quod cedens debet, per distinctiones explicatur.

85 Non potest fieri reconventio apud judices tales, qui in ea causa, de qua fit mutua petitio, ne ex speciali quidem prorogatione possent competentes esse: & quid juris, si reconventio fiat de majore quantitate, potestatem judicis excedente?

86 An reconventioni locus, ubi tantum extraordinaria fit imploratio officii judicis, quæ non continet illam juris persecutionem, veluti, ut tantum insinuatio alteri fiat; an in summariis & privilegiatis causis reconventio ex causa non privilegiata? an & tunc utraque causa simul terminanda sit? Quid juris, si utraque summaria sit?

87

87 *Moribus reconventio admissa in interdictis adipiscendæ possessionis, non item in interdictis recuperandæ possessionis, nec in causa fractæ pacis publicæ.*

88 *Propter quas rationes, & quibus in causis judex possit terminare causam conventionis ante causam reconventionis, atque ita diversis temporibus? condemnatus tamen ex conventione potest id, in quod damnatus est, deponere apud judicem, & arrestare pro eventu litis in reconventione.*

89 *Reconventus non potest iterum secundam facere reconventionem.*

90 *De foro competente ex continentia causæ.*

91 *De foro competente ex causa originis; quis sit locus originis? quid si in insula, aut vico, aut matre peregrinante natus sit? originis locus etiam fingitur manumissione, adoptione; & communis patria est Roma, ubi quisque conveniri potest, nisi habeat jus revocandi domum: qui id habeant, præcipue quando id habeant, aut non habeant legati? & quid moribus?*

92 *De foro competente ratione domicilii. In quibus distet origo a domicilio? Domicilium est mutabile, potest quis esse sine domicilio, potest & simul plura habere? & ubi tunc conveniendus sit? Præsumitur quisque domicilium habere in loco originis, donec contrarium probetur.*

93 *De domicilio necessario; qui illud habeant; & de domicilio litis causa eligendo; an electio duret post sententiam, & appellationem, & mortem eligentis?*

94 *Quid sit domicilium proprie dictum: quid domicilium improprium; an & quo usque studiosi domicilium habeant, ubi studiorum causa degunt?*

95 *Uxor mariti domicilium sequitur, & retinet vidua facta, nisi sponte mutet. An & uxor illegitima, vel sponsa?*

96 *Famuli & ancillæ sequuntur domicilium domini, cui ministrant.*

97 *Ex quibus conjecturis colligi possit, aliquem domicilium certo loco constituisse?*

98 *Non constituitur domicilium solo animo, sola contestatione, sola habitatione, nec ex eo solo, quod quis tabernam, pergulam, horreum certo loco habet; aut operis aut litis aut negotiationis gratia ibi moratur, & quid juris in iis, qui Indias petunt, quive delegati sunt ad Collegia Ordinum generalium, Consilii status, Archithalassica &c. & an, ac quo usque hi omnes istis in locis conveniri possint?*

99 *Migrare quisque & domicilium mutare potest; & tunc evitat onera personalia prioris domicilii; amittit & jura ac privilegia ejus. Improbata migratio, quæ catervatim fit in præjudicium utilitatis publicæ. Migrantes certam fisco loci, unde migrant, inferunt bonorum partem, jure issuæ vel exuæ. Nemo præsumitur domicilium mutasse, sed id probandum.*

100 *Filius major seorsim a patre domicilium constituere sibi potest; filius minor una cum patre migrante migrare potest, & domicilium mutare, nisi id fiat animo fraudandi eos, qui ex domicilii prioris lege minori successissent.*

101 *Marito domicilium mutante ex necessitate vel libera voluntate, uxor quoque illud mutat, etiamsi mutatio uxori damnosa sit; nec tunc uxor petere potest a marito migrante, vel hæredibus ejus id quod interest, nisi nominatim pacto dotali id actum sit, ne maritus alio migret.*

102 *Hæres non succedit in domicilium defuncti, nec ex ejus domicilio forum competens sortitur, nisi lis cum defuncto jam contestata sit.*

103 *De foro competente ex privilegio. Milites ubi forum competens sortiantur in causis civilibus & criminalibus de jure Romano?*

104 *Ubi secundum mores hodiernos in criminalibus?*

105 *De illis, qui cum milites non essent, tamen difficilibus patriæ temporibus in armis sunt, & tunc militare delictum perpetrant.*

106 *Quid; si quis ante militiam deliquerit, & jam accusatus, vel jam condemnatus fuerit, antequam militiæ nomen daret, an maneat judicis ordinarii jurisdictio? & quid, si nomen militiæ dederit antequam accusaretur?*

107 *Quid juris hodie sit circa militum forum competens in causis civilibus?*

108 *Milites in eo quidem loco, in quo militiæ causa morantur, habere fori privilegium, sed tamen in loco domicilii, aut alio foro secundum jus commune competente, conveniri posse apud judices ordinarios actionibus civilibus pro debito, adstruitur ex jure Romano; nec longe abit jus hodiernum.*

109 *De foro privilegiato studiosorum* ex auth. habita C. ne filius pro patre. *De foro privilegiato studiosorum & professorum Universitatis, quæ est Lugduni Batavorum in causis civilibus & criminalibus; an prorogatione sibi noceant? Quid juris, si agant actione cessa? nihil referre in qua Hollandiæ parte contraxerint aut deliquerint Academiæ membra.*

110 *De foro competente clericorum ex jure Romano & Canonico. An clericus judici laico prorogare jurisdictionem possit?*

111 *Ubi senatores vel clarissimi conveniendi sint? ubi Nobiles Hollandiæ, Curiarum Hollandicarum senatores, delegati ad Collegia publica Hagæ-Comitis congregari solita, advocati Curiæ Hollandiæ, aliique curiæ suppositi vulgo dicti, in causis civilibus ac criminalibus, & ubi Advocati Ultrajectini in criminalibus?*

112 *Quid, si Nobiles, Senatores, Advocati &c. in alia provincia extra Hollandiam inveniantur, aut bona habeant? si non Hagæ, sed alibi intra Hollandiam habitent, aut praxin exerceant?*

113 *Ubi conveniendi assessores camerarum maritimarum, aut aliis fœderati Belgii collegiis ge-*

generalibus adscripti, si deliquerint in officio? & de foro illustrium Germaniæ virorum, remissive.

114 *De potestate judicandi concessa collegiis opificum, consulibus aut præfectis nationis Anglicæ, Belgicæ &c. per varias regiones.*

115 *Ubi pupilli, viduæ, & aliæ miserabiles personæ? Qui veniant appellatione miserabilium personarum? an senes decrepiti? an virgines?*

116 *An mulier, cujus maritus exul est, aut ad triremes damnatus, aut captius, aut furiosus, aut prodigus?*

117 *An &, si tales personæ opulentæ sint?*

118 *An mercatores mercaturæ causa in locis peregrinis litigantes? & quid moribus?*

119 *An Ecclesiæ, nosocomia, orphanotrophia, aliaque pia loca? an & universitates?*

120 *An hæ miserabiles personæ possint, si velint, agere apud judicem ordinarium, & an etiam, cum conveniuntur, an tantum cum agunt, fori privilegio uti possint? & quid moribus?*

121 *Non interest, propriis, an hæreditariis agant actionibus. Quid juris, si agere velint contra aliam æque miserabilem personam?*

122 *Si lis miserabili personæ sit communis cum alia non privilegiata, an & non privilegiata fori privilegiati particeps reddatur?*

123 *An miserabiles personæ in contrahendo possint efficaciter suo fori privilegio renunciare? & an contra renunciationem expressam vel tacitam restitui possint?*

124 *Non gaudent hodie miserabiles personæ fori privilegio, nisi lis certam quantitatem, statutis varie definitam, excedat.*

125 *An fori privilegio uti possint miserabiles personæ, si actione cessa agere velint?*

126 *Carent hæ personæ fori privilegio, si de assecuratione (assurantie) lis sit, vel de missione in possessionem hæreditatis, vel de assignatione bonorum parentis defuncti per superstitem pupillis facienda, vel agatur universali judicio concursus inter creditores ad bona debitoris inidonei, vel familiæ erciscundæ judicio inter cohæredes, vel agatur de causis, quæ certis tantum judicibus, cum exclusione aliorum, demandatæ sunt, & quales illæ sint? qui de hoc miserabilium privilegio scripserint?*

127 *Quibus specialiter competat jurisdictio de violatis saltibus publicis & peccatis contra leges venationis?*

128 *De quibus causis judicent assessores rei maritimæ (collegien ter admiraliteyt) enarratur: judicant inter alia de fraudatis vectigalibus, de prohibitis importari vel exportari, si contra factum sit, licet milites res deprehensas intra sua præsidia detulissent. Quid juris, si rei mercium ad hostes illicite exportatarum non in ipso flagitio deprehensi postea accusandi sint? Quid si de navibus, aut mercibus, ab hoste redemtis lis sit? Quid si delicta sint perpetrata in navi Indiam orientalem petente? & de judicio seu consilio navali.*

129 *Ubi agatur de delictis publicanorum, de impositionum fraudationibus, & aliis ad impositiones publicas spectantibus?*

130 *Quales lites pertineant ad præfectos cameræ pupillaris? judices esse nequeunt, si pupillis mortuis bona cœperint ad alios pertinere.*

131 *Quis in feudalibus jure feudali sit judex competens, si inter vassallos duos de feudo lis sit, vel inter dominum & vassallum, vel inter dominum, & extraneum, vel inter vassallum & extraneum?*

132 133 *Quis secundum hodiernos Hollandiæ mores, & de amplitudine jurisdictionis Curiæ feudalis Hollandicæ? Quis competens, si lis de debitis, reditibus, servitutibus, partim feudali, partim allodiali prædio impositis, & quo modo novissime iterum Curia provincialis & suprema de feudis judicet? Quis competens in feudis Flandricis, quatenus subsunt Ordinibus generalibus? qui plura scripserint de hoc foro?*

134 *Ubi jure Romano & moribus de possessione vel quasi possessione rerum & jurium, feudorum, & beneficiorum? & an propter causam possessionis lis quoque de proprietate ad superius tribunal trahi possit in Hollandia & Ultrajecti?*

135 *Judicem de possessione competentem facit situs rei, non domicilium turbantis.*

136 *De quibus causis lis statim omisso inferiore apud supremam curiam in Hollandia moveri possit? de quibus apud provincialem Hollandiæ Curiam? De quibus apud Curiam Ultrajectinam?*

137 *Curiæ Hollandiæ provinciali & supremæ non licet cognoscere de causis politicis, nec de debitis quæstorum ærarii, qua talibus; recte tamen de litibus inter civitates, vel inter Hollandiam, Zelandiamque; uti & de eo, si quis non jure se dignitate motum queratur.*

138 *Quis competens, si societates Indicæ læsisse dicantur, aut ab aliis læsæ?*

139 *Ubi de in integrum restitutione, ubi ex l. diffamari agi debeat? Quo modo per arrestum fiat forum competens, & quando id non liceat? remissive.*

140 *Jure Romano, Canonico, & hodierno evocatio litis frequens, & facit forum competens; improbatæ tamen in Hollandia evocationes factæ a Principe, seu Comite, in quam rem varia privilegia. An expediat, litem singularem ab Ordinibus evocari?*

141 *Quid juris circa evocationes in Germania? remissive.*

142 *Cessat privilegium de non evocando, si quis mediante arresto vocetur extra territorium Hollandiæ, ut de re immobili illic sita, vel personali actione litiget; uti &, si duo judices Hollandi inferiores contrarias eadem in causa sententias tulerint.*

143 *De evocatione litis ad judicem superiorem ad petitionem partis ob moras in lite definienda factas; vel si contrariæ in eadem causa sint duo-*

duorum judicum inferiorum sententiæ; vel quia duo diutius inter se litigant de criminali jurisdictione. Qui de evocatione ultra videndi sint?

144 *Initium judicii inchoati est litis contestatio. Quo modo illa fiat, quæ minus plena, quæ plena, contestatio sit?*

145 *Deficta litis contestatione, quæ est contumacia.*

146 *Rejicitur divisio litis contestationis in affirmativam, & negativam, simplicem, & conditionatam.*

147 *In omni judicio opus est litis contestatione, etiam in summario. Quid si reus respondens protestetur, se id non facere animo litis contestandæ?*

148 *Quæ post litem contestatam in judicio ulterius agenda? remissive.*

149 *Quinam sint effectus litis contestationis? ea actorem non solere deteriorem facere suam conditionem.*

Nemini regulariter sibi jus dicere permissum est: neque enim singulis concedendum fuit, quod per magistratum fieri publice potest, ne majoris inde tumultus oriatur occasio, *l. non est singulis* 176. *ff. de reg. juris*, neque prætor pati debuit, ad rixas & arma procedere eos, quos sua potest jurisdictione componere, *l. si cujus* 13. *§. sed si inter* 5. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* *Nos ideo* (inquit Quintilianus declam. 13.) *magistratus legesque a majoribus nostris accepimus, ne sui quisque doloris vindex sit; & assidue scelerum causæ se refellant, si ultro crimen imitabitur. Damnum accepisti? erat lex, forum, judex; nisi vos jure vindicari pudet*; nec longe abludit Cassiodorus 4. variorum 10. *Hinc est*, ait, *quod legum reperta est sacra reverentia, ut nihil manu, nihil proprio ageretur impulsu: quid enim a publica confusione pax tranquilla distabit, si per vim litigia terminentur?* Ideirco sane judiciorum vigorem, jurisque publici tutelam in medio constitutam esse, ne quisquam sibi ipsi permitteret ultionem, rescriptum est, *l. nullus* 14. *C. de Judæis*, ac melius visum, ab illis rem cognosci, quorum nihil interest, quam homines singulos, sæpe sui nimium amantes, de proprio negotio & jure injuriave propria judicare. Quamobrem etiam Caroli V. constitutione nominatim vetitum, ne nobiles, aut cives, aut civitates, aut collegia, via facti sibi jus dicant, sub aliquo privilegii sibi competentis colore, sed jure cum adversariis suis experiantur, *Placito* 1. *Aprilis anni* 1521. *vol.* 2. *Placit. Holland. pag.* 2055. *in fine*. Adde orationem meam *de docentium & discentium officiis*.

2. Data tamen fuit parentibus dominisque modica liberos ac servos coercendi potestas, *§. ult. Inst. de his, qui sui, vel alien. juris sunt tit. C. de emend. servorum tit. C. de emendat. propinquor.* creditori licet debitorem cum pecunia fugientem ex fuga reducere, *l. ait prætor* 10. *§. si debitorem* 16. *ff. quæ in fraud. credit.* patri concessum, deprehensam in adulterio filiamfam. una cum adultero neci dare; quod & marito permissum in adulterum vilem domi suæ deprehensum, *l.* 20. 21. *& seqq. ff. ad leg. Jul. de adult.* utrique insuper adulterum eum, quem vel noluit vel non potuit obtruncare, retinere totis continuis horis diurnis nocturnisque viginti, *l. capit.* 25. *ff. ad leg. Jul. de adult.* Nocturnos insuper agrorum populatores, aut itinera frequentata insidiis aggressionis infestantes repellere, cuique jus est, *l.* 1. 2. *C. quando liceat unicuique sine jud. se vindic.* &, ne singula enumerem, vim omnem injustam vi repellere, observato inculpatæ tutelæ moderamine, leges omnes, omniaque jura sinunt, *l. ut vim* 3. *ff. de justit. & jure*, *l.* 1. *C. unde vi*, *l. quod est §. eum igitur* 9. *ff. de vi & vi armata*. Quin & judex, uti allegata exceptione fori declinatoria, cognoscit de eo, an competens sit, neque, ut dictum *tit. de jurisdict.* ita quoque non iniquum est, eum mulcta imposita coercere tales, qui ei, qua judici, & munus implenti, aut ministris ejus injuriam dicto aut facto inferre haud verentur; si modo de vindicta publica imponenda, non pœna judici læso applicanda, quæstio sit, arg. *l. unic. ff. si quis jus dicenti non obtemperav. cap. Salonitanæ* 24. *distinct.* 63. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 39. Berlichius *part.* 5. *conclus.* 66. *n.* 39. *& seqq.* Lambert. Goris *advers. tract.* 4. *ad l.* 19. *ff. de offic. præsidis*, ad verba, *sed contemni non patiatur*, *pag.* 406. *& seqq.* Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *const.* 16. *defin.* 38.

3. Judicium est legitima causæ cognitio, discussio, ac definitio inter actorem & reum coram judice facta. Cujus variæ divisiones sunt; aliud enim ordinarium est, aliud summarium, in quo, omissis longioribus litium ambagibus, omnia breviter expendiuntur, quo casu judex *summatim cognoscere*, *summatim æstimare*, & *summatim res exponi* dicebatur, *l. in hac actione* 3. *§. sciendum* 9. *ff. ad exhibend. l. si quis libertatem* 7. *§.* 1. *ff. de petit. hæred. l. a Divo Pio* 15. *§. si rerum* 4. *ff. de re judicata*, *l. Carbonianum* 3. *§. causæ cognitio* 4. *ff. de Carboniano edicto*, Zangerus *de exception. part.* 1. *cap.* 1. *n.* 55. *& seqq.* Et quamvis illa, quæ *summatim cognoscebantur*, frequenter etiam *de plano cognosci*, & expediri dicerentur, dum judex non pro tribunali, sed cum jam inde in planum descenderat locum, officium suum impertiebatur, (adde Sigonium *de judiciis lib.* 1. *cap.* 7. *in med.*) tamen non semper de *plano* & *summatim* cognoscere, idem fuit; in quantum plura, quæ summatim exponebantur, non de plano, sed pro tribunali tantum potuerunt expediri; veluti datio possessionis bonorum ex Carboniano edicto, quæ summaria quidem causæ cognitione præmissa concedebatur, *l. Carbonianum* 3. *§. causæ* 4. *ff. de Carbon. edicto*, *l.* 1. *§. si ea* 14. *ff. de ventre in possess. mitt.* alibi tamen, quam pro tribunali, haud danda fuit, *l. bona* 3. *§. pen. ff. de bonor. possession. l. utile* 2. *§. dies* 1. *ff. quis ordo in bon. possess. servetur*, D. Noodt *tract. de jurisdict. lib.* 1. *cap.* 10.

4 Locus autem est summariæ cognitioni in plerisque interdictis de possessione temporaria agentibus, ut latius dicendum in materia interdictorum; in actione ad exhibendum, bonorum possessione ex Carbo-

boniano edicto, aliisque secundum leges paulo ante allegatas; nec non in extraordinariis cognitionibus, & persecutionibus; cum nec hæ habeant ordinarii juris executionem, *l. pecuniæ verbum* 178. §. *actionis verbum* 2. *ff. de verb. signif. l. qui mutuam* 56. §. *pen. ff. mandati, tit. ff. de extraord. cognit.* plura vide enumerata apud Zangerum *de exception. part.* 1. *cap.* 1. *n.* 60. Mores quoque hodierni in multis ordinarii juris executione remissa, ac amputatis litium ambagibus, summarie causam agi induxerunt, veluti in negotiis matrimonialibus, *egt. reglement van de Staten Generaal ann.* 1646. 18. *Martii artic.* 41. *provisioneel accord tusschen Holland en Zeeland* 7. *Martii* 1607. *artic.* 12. & *nader provisioneel accord* 11. *Junii* 1674. *art.* 29. Zangerus *d. part.* 1. *cap.* 1. *n.* 60. *vers. tricesimo secundo*, Carpzov. *defin. forens. part.* 4. *const.* 25. *defin.* 14. in rationum redditionibus, liquidationibus, custodia civili (*gyselinge*) & oppositionibus adversus executionem, aut decreti interpositionem facientibus. *Ampliatie van d' instructie van den Hove van Holland* 21. *Decemb.* 1579. *art.* 15. Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 1. *tract. de sentent. execut. art.* 7. *glots.* 9. *num.* 14. Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 34. in controversiis ad saltuum publicorum violationem ac transgressionem legum venatoriarum pertinentibus, *Placc. van Keyser Carel van' t kort recht in stuk van Wildernissen van den lesten Julii* 1545. item *ordonn. op de rechtdagen over de wildernissen van Holland &c.* 20. *Julii anno* 1622. in quæstionibus maritimis apud rei maritimæ præfectos ventilandis. *Instructie van de Staten Generaal vóor de Kamer der Admiraliteyt anno* 1597. *art.* 14. 15. 50. in causis fraudati census & impositionum publicarum, *placito Ordin. Holland.* 18. *Decemb.* 1677. in lite de alimentis non de præterito, sed de præsenti, vel futuro præstandis, Gratianus *discept. forens. c.* 55. *n.* 22. *& seqq.* Pontanus *de alimentis cap.* 19.

5 Quod si lis principalis summatim agitanda sit, summarie quoque tractandæ erunt controversiæ in eam incidentes, & ejus occasione natæ; ne alioquin pereat privilegium litium adbreviandarum certis in causis datum. Et, si lis in primo judicio summatim ventilata sit, lege non repugnante, etiam per appellationem delata ad judicem superiorem, eodem modo summarie ad finem perducenda est; cum nec per appellationem qualitas causæ, seu natura ejus, ac privilegium mutari possit, Vincent. Carocius *decis.* 115. Zangerus *de exception. part.* 1. *cap.* 1. *n.* 60. *vers. vicesimo septimo.* Si tamen is, qui parata poterat executione, atque ita cognitione summaria consequi sibi debitum, ordinariam elegerit litigandi viam, renunciare liti cœptæ potest, adversario invito, & summario judicio; ac parata executione facere debiti persecutionem; nam & is, qui interdicto *unde vi* experiri poterat, aut interdicto *uti possidetis*, si prætermissis illis, cœperit rei vindicationem intentare, non prohibetur, petitorio pendente, ad interdicta illa, adeoque summaria judicia redire; cum non videatur possessioni renunciasse, dum cœpit vindicare, *l. naturaliter* 12. §. 1. *ff. de acquir. vel amitt. possess. l. cum fundum* 18. §. 1. *ff. de vi & vi arm.* Cui accedit, quod liberum unicuique sit, mutato petitionis libello, non modo rem aliam petere, sed & aliam loco prioris perperam motæ intentare actionem, ut probatum *tit. de edendo*; & facit pro hac sententia *l. si se non* 4. §. *si ex conventione* 4. *ff. de re judicata.* Andr. Gayl *lib.* 1. *observ.* 60. *num.* 4. 5. Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 1. *tract. de literar. obligat. art.* 6. *gloss.* 5. *n.* 7. Carocius *decis.* 57. dissent. Berlichius *part.* 1. *conclus.* 80. *n.* 23. Ibique DD. citati.

6 Insuper aliud judicium civile est, aliud criminale, in quo ad pœnam capitalem, corporalem, aut pecuniariam, fisco applicandam contenditur, arg. *l. ult. ff. de privatis delictis, l. ult. ff. de furtis, l. quod senatus consultum* 6. *l.* 7. §. 1. *l. ult. ff. de injuriis, l. ult. ff. ad leg. Jul. peculat.* §. 2. & *ult. Instit. de public. judiciis*, Julius Clarus *lib.* 5. *sentent.* §. *fin. quæst.* 1. *n.* 2. *& seqq.* Zangerus *de exceptionib. part.* 1. *c.* 1. *n.* 55. *& seqq.* Quamvis aliis placeat, etiam tunc civile judicium esse, cum sola pœna pecuniaria exigitur, licet fisco applicanda; veluti, cum actione populari quis pœnam petit, actori partim, partim fisco cessuram; ut in *l. lege Cornelia* 25. §. *ult. ff. de Senatusc. Silan.* Quo tamen casu latius judicii privati denominatio accipitur; cum alioquin popularia judicia a privatis distare in multis, ex *tit. de popularibus actionibus* manifestum sit. Eoque sensu latiore verum est, hodiernis quoque moribus civilia magis, quam criminalia judicia esse, in quibus ob delictum non nisi mulcta pecuniaria exigitur, accusatori, delatori, & fisco pro rata tribuenda; ea vero tantum esse criminalia, in quibus agitur de corporali coercitione, Carpzovius *defin. for. part.* 4. *const.* 42. *def.* 2. & 3. Nec levis in hujus controversiæ decisione etiam quantum ad hodiernam praxin utilitas est, quoties perpenditur, multifariam inter judicia civilia & criminalia interesse, ut dicetur *tit. de public. judiciis*; interim videri potest Clarus d. §. *fin. quæst.* 1.

7 Quod si eodem de facto & civile & criminale judicium principaliter moveri possit, veluti de falso, de homicidio, de vi, ac similibus, juxta *l. unic. C. quand. civil. actio criminali præjud. l. inde* 23. §. *si dolo* 9. *ff. ad leg. Aquil.* §. *liberum* 11. *Instit. eod. tit. l. de fide* 16. *C. ad l. Cornel. de falsis, l.* 1. *C. si quis aliquem testari prohib.* videtur jure Romano fuisse in potestate læsi, utrum civile prius, an prius criminale voluerit judicium exercere, atque adeo vel persequi primo privatum damnum, vel publicam exposcere criminis ultionem; *l. unic. C. quand. civil. actio criminali præjudicet, l. inde* 23. §. *si dolo* 9. *ff. ad leg. Aquil. l. interdum* 4. *ff. de publ. judiciis, l. prætor ait* 2. §. *hoc edicto* 1. *ff. de vi bonor. rapt.* Neque obstat, quod a D. Pio & rescriptum, & decretum dicitur, *si de vi & possessione vel dominio quæratur, ante quærendum esse de vi, quam de jure proprietatis, vel possessionis, l. qui cœtu* 5. §. 1. *ad leg. Jul. de vi publ. l. si de vi* 37. *ff. h. t.* Non enim alia legis utriusque sententia est, quam quod, si quis de proprietatis, aut possessionis jure contendere velit, & præterea conqueratur de vi, se scilicet vi de possessione rei controversæ dejectum esse, prius de vi quæstio,

seu

seu interdictum unde vi ad recuperandam naturalem rei litigiosæ possessionem, a judice terminari debeat; idque secundum Imperatorum aliorum constitutionem, verbis plenioribus legis utriusque superioris sensum explicantem; *Incerti juris non est*, inquiunt, *orta proprietatis, & possessionis lite, prius possessionis oportere decidi quæstionem competentibus actionibus; ut ex hoc, ordine facto, de dominii disceptatione probationes ab eo, qui de possessione victus est, exigantur*, *l.* 3. *C. de interdictis*. Adde *l. ordinariis* 3. *C. de rei vindic. l. si quis super* 5. *C. fin. regundor.* §. 4. *Instit. de interdictis*. Præterquam quod & ipsa ratio naturalis abunde dictat, inutilem prorsus futuram interdicti, adeoque præparatorii judicii ventilationem, postquam jam principalis de proprietate lis auctoritate rei judicatæ diremta est. Ne dicam, tantopere leges favisse restitutioni spoliatorum ante omnia faciendæ, ut, licet quæstio momentaneæ possessionis, per interdictum agitanda, nihil cum judicio criminali commune habeat, nec ejus præparatoria sit; tamen in *l.* 1. *C. de Appellat.* rescriptum inveniatur, *prius de possessione pronunciare, & ita crimen violentiæ excutere præsidem provinciæ debuisse*; quod & confirmatum in *l. si quis ad se* 7. *C. ad legem Jul. de vi publ. vel privata*. Etsi enim concurrente civili & criminali judicio, utroque principali, ex eodem facto, relictum fuisse arbitrio læsi, quonam prius experiri velit, jam dictum sit; tamen quia possessionis momentaneæ quæstio summatim tantum interdicto tractatur, nec longiorem inducit moram, consultius visum fuit, eam ante criminale de violentia judicium terminari potius, quam pendente criminali accusatione vim passum interim possessione rei, commodisque ejus fraudatum manere. Si vero non ex eodem facto, de quo hactenus, sed diversis ex causis civile & criminale judicium moveatur, dum forte maritus uxorem adulterii accusat, uxor dotis petit restitutionem, regulariter prius criminale, tamquam majoris momenti, terminandum est, *l. adulterus* 33. *C. ad leg. Jul. de adulter. l. ult. C. de ordine judicior.* arg. *l. per minorem* 54. *ff. h. t.* eoque facit quodammodo instructio Cur. Holland. *art.* 48. & edictum Philippi regis *de justitia criminali*, *anno* 1570. 9. *Julii art.* 62. Quin &, si negotii civilis disceptatio instituta sit, & in eam forte incidat criminalis quæstio; si quidem hæc præjudicialis sit, sic ut absque ejus definitione terminari nequeat causa civilis, jam cœpta moveri, etiam tunc prius de criminali quæstione judicium finiendum est; veluti, si scripturæ, aut testibus, ex quorum fide stabit, cadetve tota causa, falsitatis, aut subornationis crimen objectum sit, cum universaliter verum sit, prius quæstiones præjudiciales terminandas esse, arg. *l. fundum* 16. *l.* 17. 18. *ff. de exception. præscript. & præj. leg.* 1. §. 1. *ff. famil. ercis.* Brunnemannus *ad l.* 3. *& 4. C. de ordine judiciorum*. Uti ex adverso, quia servis aliæ, aliæ liberis hominibus jure Romano pœnæ fuerunt propositæ, *l.* 1. §. 1. 2. *ff. de pœnis*; si quis criminis accusabatur, de cujus statu controversia suboriebatur, liberne, an servus esset, ante criminale judicium liberalis causa suo ordine peragenda fuit, quoniam necesse erat, ante sciri, si delictum probatum fuerit, utrum ut in liberum & ingenuum, an ut in servum oporteat judicium constitui, *l. si crimen* 3. *C. de ordine cognitionum*, cui non absimiles sunt factorum species occurrentes in *l. quoniam* 26. *C. ad leg. Jul. de adult. l. præses provinciæ* 8. *C. ad leg. Fabiam de plagiariis*. Si tamen appareat, morandæ tantum solutionis gratia falsi crimen a reo testibus objici, vel instrumentis, constitutum fuit, nihilominus, salva in posterum executione criminis, debitorem ad solutionem compelli oportere, *l. satis* 2. *C. ad leg. Cornel. de falsis*, sic ut non tam criminaliter, quam potius civiliter disquisitio de fide instrumenti, aut falsitate objecta apud Judices pedaneos, in lite pecuniaria datos, instituenda esset, *l. si lis pecuniaria* 11. *C. ad leg. Cornel. de falsis*. Quod & satis manifeste a Valeriano & Gallieno constitutum fuit; dum jusserunt, ut, *cum civili disceptationi principaliter motæ quæstio criminis incidit, vel crimini prius instituta civilis causa adjungitur, judex* non quidem præcise debeat, sed *possit eodem tempore utramque disceptationem sua sententia dirimere*, *l. pen. C. de ordine judic.* Et hoc ipsum esse puto, quod & Constantinus voluit in *l.* 2. *C. Theodosiani ad leg. Cornel. de falsis*, dum de illo litigante loquitur, *qui falsi strepitum intulit*, ac proinde non in universum præcepit, ut semper cœpta civilis disceptatio, non obstante falsi objectione, ad finem perduceretur: (qua enim, obsecro, ratione id poterat, cum judici justa adversus testes aut instrumenta hæreret suspicionis causa, impediens quam maxime, ne ei per tales probationes fiat veri fides; sine qua tamen dirimi litem non posse palam est) sed potius tunc demum, cum judici appareret, non nisi per calumniam litis protelandæ causa adduci falsi allegationem. Nec alio de casu intelligenda *l. pen. C. ad leg. Cornel. de falsis*, quippe, in quam, uti sententia, sic ipsa verba *d. l.* 2. *Cod. Theodosiani*, apparent ex parte translata. Vide paulo aliter sentientes Cujacium *lib.* 20. *observ.* 25. Peresium *ad tit. C. de ordine judiciorum*. Meyerum *collegio Argent. ad Pand. h. t. n.* 145. 146.

8 Ad hæc plures aliæ passim obviæ sunt species judiciorum; dum alia præparatoria sunt; alia principalia, alia publica, privata alia: quædam petitoria, quædam possessoria, ut tamen in concursu possessorium primo finiendum sit, ut paulo ante notatum; etiamsi, petitorio jam pendente, possessorium demum fuisset inchoatum, *l. cum fundum* 18. §. 1. *ff. de vi & vi armata*, *l. naturaliter* 12. §. 1. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* Præterea nonnulla universalia dicuntur; veluti hæreditatis petitio, familiæ erciscundæ actio; quædam generalia, ut tutelæ judicium; plurima singularia, ut rei vindicatio, commodati, depositi, & similes actiones. Itidem vel in rem sunt, vel in personam, vel bonæ fidei, vel stricti juris; &, ut generaliter dicam, tot fere judiciorum divisiones a DD. recensentur, quot sunt actionum. Ceterum de judiciis latæ fuerunt leges Juliæ, altera privatorum, altera publicorum judiciorum. Legis Juliæ privata judicia concernentis, vestigia quædam in Pandectis supersunt; etenim ea cautum legimus, ne judex arbitrium ejus rei, de qua ju-

dex

dex est, recipiat, neve in se jubeat compromitti, *l. sed si in servum* 9. §. *si quis judex* 3. *ff. de receptis*, ne minor annis viginti judicare cogatur, *l. cum lege* 41. *ff. de receptis*, ac denique de prorogatione jurisdictionis, *l. consensisse* 2. §. *convenire* 1. *ff. hoc tit.* Brissonius *antiquit. lib.* 4. *cap.* 7.

9 Constituunt judicium personæ tres principales, actor, reus, & judex. Præter quos etiam personæ minus principales sunt, vel actori & reo inservientes, quales advocati, procuratores, defensores; vel judici, quales assessores, tabelliones, seu scribæ, apparitores & executores litium, aliique similes. Quin & hodie illis in locis, ubi prætores judiciis interesse moris est, ut nomine Principis telam judicii exordiantur, & auctoritatem rei judicatæ præstent, non a tribus, sed potius a quatuor personis judicium constitui, videlicet prætore, judicibus, actore, & reo, observatum a Lamberto Goris *adversarior. tract.* 5. *part.* 1. *cap.* 6. *n.* 14. Actor est, qui ad judicium provocat; reus, qui provocatur: adeo ut sola provocatio in judiciis duplicibus, in quibus uterque actoris, & rei partes simul obtinere dicitur, demonstret, quis actoris, quis rei munus teneatur obire; nisi simul provocatione per ambos facta, res sorte discernenda sit, *l. in tribus* 13. *l.* 14. *ff. h. t.*

10 In utroque necesse est, ut legitimam habeat personam standi in judicio; unde non servi tantum, qui jure civili, pro nullis habiti, sed & impuberes, furiosi, prodigi, aliique similes, a limine judicii repellendi sunt, *tit. C. qui legit. person. standi in judic.* uti & collegia illicita, etsi tolerata sint, qualia sectarum diversarum varia apud nos. Vide *tit. quod cujusque universitat. nomine*, in hostico quoque belli tempore commorantes, nisi speciatim ab Ordinibus generalibus, aut illius provinciæ, in qua lis movenda est, agendi licentiam obtinuerint; sic ut haud sufficeret, quod salvi conductus diplomate muniri præsentes essent, *decreto Ordin. General.* 2. *Octobr.* 1590. & *decreto Ordin. Holl.* 29. *Octob.* 1590. *vol.* 2. *placitorum pag.* 2209. Sim. van Leeuwen *cens. forens. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 15. Responsa JCtor. Holland. *part.* 1. *consil.* 289. Groenewegen *ad tit. C. qui legit. person. stand. in jud. hab.* aut aliis suas cessisset actiones, exceptis solis actionibus ex mercatura, cum hostibus haud interdicta, natis, *d. consil.* 289. Filiumfamilias quod attinet, jure quidem Romano obtinuit, quod personali semper potuerit actione conveniri, sive illa ex contractu, sive ex delicto nata esset, uti ex omni causa (excepto mutuo) potuit ut paterfamilias obligari, *l. filiusfamilias* 39. *ff. de obligat. & action. l. licet* 3. §. *ex furtiva* 12. *ff. de peculio*, *l. tam ex contractibus* 57. *ff. h. t.* sed executio fieri haud potuit, nisi ille paterfamilias factus esset, quo sensu nomen filiifamilias morte patris dicebatur bonum fieri & Macedoniano Senatusconsulto, mutuum in filiosfamilias improbante, cautum fuit, *nullius posse filiifamilias nomen expectata morte patris bonum fieri*, *l.* 1. *ff. de Senatusc. Macedon.* aut nisi haberet castrense vel quasi castrense peculium, vel adventitium, quatenus illud ei erat ex lege acquisitum, vel denique profectitium, cujus intuitu pater conveniri poterat peculio tenus, *d. l.* 3. §. 11. *ff. de peculio*, §. *actiones* 10. *Instit. de action.* Quod si in rem actio esset, si quidem rei intuitu, quæ in profectitio computabatur peculio, solus pater conveniendus erat; sin in castrensi, vel quasi castrensi peculio, solus filiusfamilias, tanquam pro patrefamilias in hisce habitus. At si res adventitio pleno accessita fuisset, in filiumfamilias adhibito patris consensu; si minus pleno, in patrem accedente consensu filiifamilias actio danda fuit, *l. ult. in fine pr.* & §. 3. *Cod. de bonis, quæ liberis*. Agere vero potuit filiusfamilias libere de castrensi, vel quasi, ut paterfamilias; de profectitio pater; de adventitio non pleno pater concurrente filii f. voluntate, nisi is minor esset; de pleno filiusfamilias patre consentiente; qui & ad consensum interponendum a judice adigendus fuit, *d. l. ult. in fine pr.* & §. 3. *C. de bon. quæ liberis*. Si tamen abesset pater, ac periculum in mora videretur, nec esset, aut ageret procurator ejus; soli filiofamilias liberum fuit has exercere actiones, *l. si longius* 18. §. 1. *ff. h. t. l. filiusfamilias* 8. *ff. de procuratoribus*, sub qua limitatione, ex jure veteri, & mutatione ob mutata a recentioribus Imperatoribus peculiorum jura, intelligendum est, quod a Paulo traditum est in *l.* 9. *ff. de oblig. & action. filiusfamilias suo nomine nullam actionem habere, nisi injuriarum, & quod vi aut clam & depositi & commodati*. Scilicet nisi in aliis actionibus movendis pater absit, vel nisi talia sint peculia, de quibus filiofamilias experiri jure novo datum est, secundum leges ante adductas. Sed, cum nunc apud gentes plerasque, saltem viciniores, usu receptum sit, patriam potestatem majorennitate, nuptiis, ac similibus aliis modis evanescere, quibus & tutela extingui solet, ut dictum *tit. de adoption.* consequens fuit, ut, omissis istis peculiorum distinctionibus, liberi, superstite patre; si quidem minorennes sint, minorennium, sin majorennes, majorennium utantur jure in quæstione, an legitimam habeant in judicio standi personam.

11 Minores ipsos quod attinet, uti jure Romano, ita & nunc eos curatoris auctoritate destitutos a limine judicii repelli, obtinuit; sic ut, licet de jure civili minoribus invitis curator dandus non fuerit, ad litem tamen fuerit iisdem præfiniendus, §. *item inviti*, 2. *Instit. de curator. l. in rebus* 2. *C. qui legit. person. standi in jud. habeant*, *vel non*, Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 6. & *seqq.* Et quamvis momentaneæ possessionis actionem a quacunque persona, adeoque & a minoribus exercari posse, placuerit Imperatoribus, ad id, ut spoliatus ante omnia restituatur, vel adversarius in possessione turbare desinat, *l. ult. C. qui legit. person. stand. in jud.* junct. *l. unic. C. si per vim vel alio modo absentis possess. turbata sit*, *l. momentaneæ* 8. *C. unde vi*; nostris tamen moribus ne sic quidem minorem sine curatore in judiciis admittendum esse, testis est Groenewegen ad *d. l. ult.* Leeuwen *censur. forens. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 8. An autem urgente necessitate minores, & qui juris interpretatione pro talibus habentur, debitores suos aut res eorum sistere (seu arrestare) possint, auctoritate curatoris destituti, si de ra-

rato caveant, dixit *tit. de in jus voc. n.* 34. Si tamen minor sine curatore in judicio substiterit, errore forte pro majore habitus, atque adeo nulla in personam ejus exceptione opposita exclusus, sententia quidem adversus eum pronunciata nullius momenti est, *l. cum & minores* 4. *C. si advers. rem judicat.* sed pro eo lata effectum sortietur: minoribus enim ætas in damnis subvenire; non in rebus prospere gestis obesse consuevit, *l. non eo minus* 14. *C. de procurator.*

12 Ceterum non minus in causis criminalibus, curatore demum auctore, in judicio subsistere minoribus datum fuit; sive accusatores essent, sive accusati, *l. clarum* 4. *C. de auctorit. præstanda.* Sed cum nostro jure privatus nullus criminaliter accuset, sed soli prætores, advocati fisci, aliique similes nomine publico; & exemplo filiorumfamilias etiam minores (si forte ad Præturam contingeret eos ante legitimam admoveri ætatem) in publicis causis pro majorennibus habendi sint, arg. *l. filiusfamilias* 9. *ff. de his, qui sui vel alien. jur. sunt*, nihil vetat, quo minus sine curatore solemnes & publicas inchoent ac absolvant accusationes. Quin & minorem accusatum sine curatore in judicio stare posse & debere, sic ut supervacua eo casu habeatur curatoris auctoritas, e pragmaticis invenio traditum, ac statutis pariter, multorumque auctoritatibus firmatum a Groenevvegio *ad l.* 4. *C. de auctorit. præstanda.* Sim. van Leeuvven *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 12. Gothofredo *in not. ad d. l.* 4. Quod hactenus verum est, quatenus interrogati de crimine minores, ipsi de suis tenentur factis respondere, non curatoris sui, sed proprio ore; quo videtur per allusionem respexisse Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 4. *in pr.* alioquin enim, quin ad defensiones in lite criminali faciendas curatoris auctoritas adhiberi possit ac debeat, dubitare non sinit constitutio Philippi Hisp. Regis, *ordinnantie op de criminale justitie* 9. *Julii* 1750. *art.* 61. qua cautum, minori accusato curatorem assistere posse, ac defensiones pro eo proponere; usque adeo, ut, si curatore careat, judex ei debeat curatorem adjungere, qui pro ipso verba faciat ac intercedat; idque convenienter juris Romani dispositioni, secundum quam omnino pulsatis in criminali causa minoribus adesse jubentur curatores; cum cautius & melius sit, cum suasione perfectissima responsa facere minores, crimenque discutere; ne ex sua imperitia vel juvenili calore aliquid vel dicant vel taceant, quod si fuisset prolatum, vel non expressum, prodesse eis poterat, & a deteriore calculo eos eripere, *l. clarum* 4. *C. de auctor. præstanda.* Jure quoque Canonico inductum fuit, eum, qui annum implevit quartum & decimum, in matrimonialibus, & beneficialibus, ac aliis spiritualibus, nec non ab eisdem dependentibus causis, perinde ac si major viginti quinque annis existeret, ad agendum vel defendendum per se, vel procuratorem admittendum esse, *cap. si annum* 3. *de judiciis in* 6. *cap. ex parte* 14. *extra, de restitutione spoliator.* Gothofredus *in not. ad l.* 2. *C. qui legit. person. standi in judic.* Montanus *de tutelis cap.* 33. *n.* 610. *& seqq.* Carpzovius *defin. for. part.* 4. *constit.* 23. *def.* 14. ut tamen tutius atque consultius nostri censeant pragmatici, ad causas hasce curatorem (si non sit) peti, cujus auctoritate de negotiis hisce lis peragatur, quatenus judex arbitrari forte posset, eam debere intervenire.

13 Majoribus autem, legitimam personam standi in judicio habentibus, æquiparandi, qui aut veniam ætatis impetrarunt, aut per nuptias patria vel tutoria fuerunt liberati potestate; secundum ea, quæ latius *tit. de minoribus* fuere tractata. Quæ adeo vera sunt, ut & de rebus immobilibus in judicio post impetratam ætatis veniam subsistere sine curatore queant; non modo, si plenissima eis venia cum alienandi potestate tributa sit; sed & si secundum Romani juris normam eis indulta, ut quantum ad immobilium alienationem a minoribus ceteris distincti non sint. Neque enim illa minorum omnium exæquatio circa immobilium alienationem, sive veniam impetraverint, sive non, in alio consistit, quam ut utrobique non sine decreto alienatio rata sit, *l. pen. C. de his, qui ven. ætatis*, nequaquam in eo, quod curatoris auctoritate vel ad alienandum, vel ad litigandum opus esset. Eoque facit, quod generaliter constitutum fuit adolescentem, cujus curator a sententia contra minorem lata appellaverat, suo posse nomine appellationem exercere, si interim veniam ætatis impetraverit, aut ad legitimam pervenerit ætatem, *l. si actor* 10. *de appellat.* Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit. defin.* 12. Groenewegen *ad l. ult. C. qui legit. person. stand. in judic.*

14 Ex adverso minoribus assimilatæ nostris ac aliarum plurimarum gentium moribus mulieres majorennes maritis junctæ, ac maritali subjectæ potestati; de quibus itidem *tit. de minoribus.* Quamvis ergo jure civili uxor æque sine marito, ac maritus sine uxore potuerit in judicio subsistere in causis propriis, *arg. l.* 1. §. *de postulando*, sic ut & marito uxor proponatur mandasse litem suam in judicio peragendam, *l. non eo minus* 14. *C. de procurator.* nec uxor pro marito, vel maritus pro uxore potuerit conveniri, *tit. C. ne uxor pro marito*; hodie tamen uxores pro se in judicio stare non posse, sed pro his maritos, a quibus eas defendi æquum Justiniano visum, praxis quotidiana abunde dictat, sive actio intentanda, sive per alios mota, uxorio nomine excipienda sit, sive agendi jus stante demum matrimonio competere cœperit, sive nuptiis vetustius a muliere, aut in mulierem etiamnum innuptam potuerit exerceri, Christinæus ad *leg. Mechliniens. tit.* 9. *tit.* 1. Lambert. Goris *advers. tract.* 1. *cap.* 4. *n.* 5. 6. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 6. (vide tamen de jure Saxonico Carpzovium *def. for. part.* 1. *const.* 1. *des.* 51. 52.) adeo ut sententia adversus mulierem sine marito, perpetuo tutore suo, litigantem lata, nullius plane momenti futura sit, perinde ac si adversus minorem indefensum lata esset, arg. *l. cum & minores* 4. *C. si advers. rem judicat.* Christinæus *vol.* 2. *dec.* 155. *n.* 4. Groenevvegen *ad rubric. Cod. qui legit. person. stand. in judic.* Rodenburch *de jure conjug. tit.* 3. *cap.* 1. *n.* 1. nec executioni dari possit, non tantum, matrimonio durante, sed nec soluto eo, in mulierem, aut bona ejus; si modo illis in locis mulier

cum

cum viro domicilium foveat ac litigaverit, in quibus nec ex contractu, sine viri auctoritate celebrato posset, matrimonio soluto, inquietari, veluti in Hollandia. Nam si illo in loco degerent conjuges, litemque clam viro uxor sustinuisset, ubi ex contractu sine viri auctoritate celebrato viduas, aut hæredes earum soluto matrimonio conveniri posse, lex municipalis indulsit; ut puta, Ultrajecti; rationem non video, cur non etiam ex causa judicati ipsa vel hæredes ejus, nuptiis diremtis, executionem deberet subire: etenim in judiciis quoque quasi contrahi, lite contestata, & sententia subsecuta, sicut stipulatione contrahitur, tralatitium est ex *l. licet* 3. §. *idem scribit* 11. *ff. de peculio*, ac manifestum insuper, hac ratione non magis ex judicato, quam ex contractu læli maritum, executione demum facta ex quo desiit maritus esse. Nec me movent, quæ a Rodenburgio dissentiente in medium adducta; *tract. de jure conjug. tit.* 3. *cap.* 1. *n.* 1. a contractu enim proprie dicto ad judicia firmam argumentationem in omnibus non esse, uti libens concedo, quoties evidens apparet diversitatis ratio; ita, cum nulla suppeditetur talis quantum ad quæstionem præsentem, sed ex dictis eadem utroque in casu militet, non est, cur a contractibus hac in parte descendens ex judicato obligatio separaretur, maxime si consideres, futurum alioquin absurdum illud, quod major privatæ mulierum conventioni tribueretur vis, quam publicæ rerum judicatarum auctoritati; etsi longe magis ab actibus judicialibus, quam extrajudicialibus abesse circumscriptionem, adeoque minus in judicio, quam extra illud, mulieres ex sexus sui fragilitate periclitari, in aperto sit. Frivolum vero est, quod de majore a rerum domesticarum curis avocamento in uxore litigante quam contrahente, adeoque majore præjudicio maritis per judicia, quam per conventiones inferendo, ibidem est traditum: postquam obtinuit litigantium præsentia in judiciis haud opus esse, sed & absentes & præsentes relinquere procuratoribus suis causarumque patronis litium suarum discussionem. De cetero in Hollandia ac Ultrajecti tam ampla mariti potestas est, ut & invita uxore litem pro ea, ac nomine ejus instituere possit, aut excipere; ratumque futurum sit, ac non modo profuturum, si victor evaserit, sed & nociturum uxori reluctanti, si calculum deteriorem a marito litigante reportari contingat, nec iterato post solutum matrimonium eadem de re vidua, hæredesve ejus possint litigatum ire, Rodenburch *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *n.* 21. Quod & alibi receptum esse, testatur Chassanæus *ad consuet. Burgund. rubr.* 4. §. 5. *in pr. n.* 36. *vel* 37. & ad verba, *in juribus possess. n.* 37. Tyraquellus *de retract. gentilit.* §. 10. *gloss. unic. n.* 11. nec a Romani juris ratione alienum est; quo, cum nuspiam minori tributa inveniatur facultas obloquendi suo curatori, litem curatorio nomine movere desideranti, etiam nunc potestas ea mulieri, in minorum ordinem per nuptias redactæ, & marito velut tutori suo obnoxiæ, asserenda non videtur. Ne dicam, sic viam apertam fore, qua læsionem haud levem sæpe subiret uxoria res; dum blanditiis, precibus, & lacrymis veris fictisve exoratus in misericordiam, etiam intempestivam, pronior muliebris animus, intercederet, ne prudens, ac invigilans commodis uxoriis maritus, lites, non sine dispendio differendas, moveret. Et licet Ultrajecti immobilia uxoris bona sine consensu ejus alienare nequeat maritus, prole communi necdum beatus, nulla tamen inde legitima sequela deduxeris, eum ergo non nisi ex mulieris voluntate de iisdem posse litigare; cum utique manifestum sit, conservandæ potius & retinendæ rei causa, quam alienandi mente, ad judicem iri. Nec est, quod quis hic a marito contra prohibitionem uxoris in lite subsistente collusionem prævaricationemque jure timeri, atque ita rerum uxoriarum dissipationem dolosam imminere præsumat: cum non modo bonus quisque in dubio credendus sit, donec contrarium probetur; sed & ipsa mulier, si indemnitatem, quacunque ratione propter ista nequeat a marito exigere, sibi ipsi imputare debeat, quod sponte sese suaque viri talis tutelæ submisit. Dissentit Charondas *sur la coustume de Paris artic.* 233. Usque adeo autem hæc de uxore ad litem non admittenda, deque marito velut tutore pro ea litigante, vera sunt, ut neque cessio bonorum a marito facta ullam hac in parte mutationem efficiat; cum maritus cedendo bonis, maritalem tamen non cesserit potestatem, & jus tutelæ in uxorem ac bona ejus, Rodenburch *de jure conjug. d. tit.* 3. *cap.* 1. *n.* 13. neque bonorum inter conjuges separatio, quæ non a magistratu, præmissa causæ cognitione, privata tantum conventione contigit, jus hoc agendi marito tollat. Rodenburch *d. tit.* 3. *cap.* 1. *n.* 14. Neostadius *de pactis antenupt. observat.* 8. *in notis*, neque pacto dotali sive publico sive privato id agi cum effectu possit, ne maritus pro uxore in judicio subsistat, sed ipsa sine viro, suo nomine suoque litiget arbitratu. Est enim jus illud publicum, nuptiis mulierem mariti potestati ac tutelæ subdi, adeoque tanquam minorennem non habere legitimam personam standi in judicio pro se; cui juri publico privatorum pactis derogari, leges non patiuntur, cum generaliter constitutum sit, servari non oportere pacta quæcunque fuerint a jure communi remota, *l. juris gentium* 7. §. *& generaliter* 16. *ff. de pactis*, atque insuper ad id, ut jure communi minorennis habeatur pro majorenne, rescripto principali opus sit, argumento eorum, quæ de venia ætatis, non nisi per Principem indulgenda, alibi dicta sunt; pro majorenne autem haberi debeat mulier viro juncta, ut videri possit habere legitimam personam in judicio pro se ipsa standi, Charondas *sur la coustume de Paris artic.* 233. Abr. a Wesel *de connub. bonor. societat. tract.* 2. *cap.* 1. *n.* 111.

15 Sed nec uxorem ad litigandum sine viro idoneam reddet, quod ipsa forte, propter nuptias secundas a liberorum prioris matrimonii tutela administranda non depulsa, atque adeo in administratione quoquo modo perseverans, tutorio nomine experiri velit; aut tanquam executrix alienæ voluntatis supremæ testamento constituta; quodve ei, ut mercatrici publicæ, de rebus ad ipsam mercaturam pertinentibus controversia sit: sed potius in his omnibus virum ipsum oportebit in judicio consistere, & uxoris quocunque titulo munitæ partes causamque tue-

tueri. Quamvis enim in his omnibus mulierem non inutiliter administrare atque contrahere fatendum sit, ab administratione tamen & contrahendi licentia potestatem ad judicialia certamina subeunda non recte deduci, vel inde manifestum est, quod & de rebus œconomicis recte sine viri consensu uxor contrahit; nec tamen litibus ea occasione natis ipsa, sed maritus agit ac convenitur: quodque minoribus curatore carentibus de jure Romano contrahere permissum fuit, non item litigare, sic ut & invitis curator ad litem fuerit obtrudendus, *§. item inviti* 2. *Instit. de curator.* junct. *l. si curatorem* 3. *C. de in integr. restitut. minor.* ac denique filiisfamilias non raro libera peculii administratio indulta proponitur; cum tamen non ipsis nisi in subsidium, absente patre, sed ipsi potius patri de controversiis ad rem spectantibus peculiarem; jure experiundi facultas esset, arg. *l. servus* 20. 21. 22. *ff. de jurejurando*, Rodenburch *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *n.* 4. *& n.* 18. *pag.* 388. dissent. Peckius *de jure sistendi cap.* 5. *n.* 14. Bessianus *ad consuet. Alverniæ cap.* 1. *art.* 9. Chessenæus *ad consuet. Burgund. rubr.* 4. *§.* 1. ad verba, *nisi sit mercatrix*, *n.* 9.

16 Mandante tamen, vel sciente & consentiente marito, uxorem in judicio subsistere posse, dubium non est, sive de suis propriis, sive de mariti sui rebus jure experiatur. Sed & si ab initio consensus defuerit, subsecutam mariti ratihabitionem firma redituram ea, quæ a muliere in judicio gesta sunt, ex vulgeta ratihabitionis natura descendit, arg. *l.* 1. *§. si ratum* 6. *ff. quod jussu*, *l. ult. C. ad Senatusc. Macedon.* Christinæus *vol.* 2. *decis.* 153. *n.* 4. Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holland. lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 35. 36. Rodenburg *de jure conjugum d. tit.* 3. *cap.* 1. *n.* 6. 7. 8. 9. 10. Absente quoque marito, sive ex causa relegationis, sive voluntaria peregrinatione, audienda uxor est, si vel in sua, vel in mariti sui causa litem movere velit, cum appareret in mora periculum, nec tuta satis esset dilatio tanta, ut absentis mariti mandatum posset desideraris sic ut eo casu implorata per mulierem judicialis auctoritas suppletura sit deficientem mariti absentis consensum. Eoque facit, quod & filiofamilias ob patris absentiam, & constitutum in mora periculum, experiri, ac in judicio stare jus nostrum concessit, ne alioquin impune fraudem patiatur filius, aut pater, dum patris expectatur adventus, *l. si longius §.* 18. 1. *ff. h. t.* Adde *Costuym. van Antwerpen tit.* 41. *art.* 13. Sed si nullum ex modici temporis intervallo detrimentum immineat, necesse fuerit, ut absentis aut relegati mariti auctoritate expectata, lis ordinario jure moveatur, ac nomine mariti ipsius intentata decurrat. Neque hic distinguendum, utrum agere ipsa cupiat, an pro marito absente vocato intervenire, ejusque suscipere defensionem; licet jus Romanum non nisi pro solis parentibus mulierem in judicio intervenire permiserit, *l. fæminas* 41. *ff. de procurator.* ac æquum censuerit, uxores quidem a viris, non viros ab uxoribus suis defendi, *§. patitur* 2. *Instit. de injuriis*, Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 5. *def.* 1. & *lib.* 2. *tit.* 4. *def.* 4. Groenewegen *ad tit. Cod. ne uxor pro marito n.* 6. Rodenburg *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *n.* 15. 16. Parens p. m. Paulus Voet *ad §.* 2. *Instit. de patria potestate n.* 7. *in med.* Quid juris sit in quæstione, an uxor absente viro debitorem sistere ac detinere, ut &, an ipsa sisti ac detineri arresto (ut loquuntur) possit, traditum *tit. de in jus vocando n.* 34. 36.

17 In criminalibus quoque uxorem ipsam criminis accusatam stare oportere in judicio obtinuit; cum in delictis maritalis æque, ac tutoria ac curatoria, conticescat potestas: etiamsi viro haud interdictum sit, uxori accusatæ ita assistere, ut minori criminis insimulato adesse curatorem jura Romana ac hodierna sinunt, prout ante dictum, Joh. Papon. *lib.* 7. *tit.* 1. *arrest.* 10. *&* 23. Christinæus *ad leg. Mechliniens. tit.* 9. *art.* 9. *n.* 6. Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 426. *gloss.* 1. Rodenburg *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 2. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 1. *defin.* 33. Leeuwen *censur. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 12. Et quamvis ex contractu uxoris sine viri auctoritate celebrato neque obligetur maritus, neque stante matrimonio ullam patiatur executionem, sive in suo, sive in proprio uxoris contrahentis patrimonio; tamen, si in pœnam pecuniariam ex suo delicto damnata sit, rectius sentire videntur, qui statuunt; executioni protinus dari posse sententiam in bonis dotalibus aliisve a marito ad onera matrimonii sustinenda possessis; saltem usque ad concurrentem rei uxoriæ quantitatem; atque adeo contrahendo quidem mariti conditionem ab uxore non posse reddi deteriorem, sed delinquendo omnino, hactenus, ut matrimonio durante compellatur carere pecuniæ pœnæ nomine exsolvendæ utilitate. Nam & in servis id ipsum receptum fuit, ut contrahendo dominum obligatum non redderent, nisi haberent quid in peculio; delinquendo tamen eundem obstrinxerint ad damnum reparandum, aut noxæ deditionem, ac, in quantum illa noxæ deditio in damno reputanda erat, in tantum potuerint dominorum conditionem reddere deteriorem, *l.* 1. *§. quod igitur* 15. *in fine*, *ff. de vi & vi armata*, junct. *l. melior* 133. *ff. de reg. juris*. Cui accedit, quod utilitas publica non patitur, delicta manere impunita, aut pœnas differri in tempus tam longum, ut, obliterata sæpe per oblivionem memoria criminis, effectum demum essent sortituræ. Et uti corporalia supplicia cum infamia propter delictum irroganda non differri mariti aut matrimonii intuitu, quotidianum est, etsi magno maritus redemptam optaret uxoris infamiam, ad suum quoque contemtum, & ignominiam haud leviter spectantem; ita iniquum videri non potest, si maritus uxorio nomine continuo subeat impositæ mulctæ executionem, atque ita a se, suaque, avertat pœnæ corporalis dedecus, cui uxor, mulcta non soluta, reddi posset obnoxia; in pelle quippe, si in ære non habeat, vel ex ære ejus non pendatur, luiture. Lenior sane viris honestis est & æquiore animo ferenda qualisqualis pecuniæ, quam existimationis jactura, Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 4. *defin.* 4. *in med.* Imbertus *enchiridio juris Galliæ*, verbo *vir & uxor &c.* Rodenburg *de jure conjugum tit.* 2. *parte altera n.* 3. 5. 6. 7. *pag.* 308. *& seqq.* Wesel *de connubiali bonor. societ. tract.* 2. *cap.* 3. *n.* 65. 66. 67. *& seqq.* Ant. Matthæus *de* au-

auction. lib. 2. *cap.* 7. *n.* 19. Neque in contrarium facit, quod peculiari Senatusconsulto opus fuit, ut maritus proconsul cum uxore proficiscens ex delicto uxoris conveniri posset, *l. observare* 4. §. *proficisci* 2. *ff. de offic. procons. & legati*, cui consequens videbatur, extra casum illum regulariter maritum non teneri ex uxoris delicto. Est namque d. legis 4. sententia, maritum de suo teneri pœnam præstare; quod non ita vulgo obtinent, arg. *l.* 2. *C. ne uxor pro marito*, at nostra definitio est, maritum usque ad concurrentem rei uxoriæ quantitatem ex uxorio delicto ad pœnam obstringi. Non etiam adversatur *l. si maritus minus* 36. *ff. soluto matrim.* cum non aliud velit, quam maritum soluto matrimonio æque gavisurum competentiæ beneficio, si fiscus publicatam ex delicto uxoris dotem reposcat, quam si ipsa uxor eam repeteret; ne in perniciem mariti uxor punita videatur, dum ille plenariam ad peram & saccum usque pateretur executionem; qualis pernicies metuenda non est, si dotem solam ex delicto solvere cogatur, quemadmodum etiam in *d. l.* 36. ob delictum publicata proponitur.

18 Quod si maritus in civilibus auctoritatem uxori accommodare, aut pro ea litem movere, de rebus uxoris malitiose detrectet, cum evidens appareret in lite movenda utilitas, grave contra ex neglecta actione immineret detrimentum; cogi quidem ipse nequit, ut invitus auctoritatem accommodet, aut pro muliere litigatum eat, arg. *l. si tutor* 17. *ff. de auctorit. tutor.* sed id non impediet, quo minus judex, cujus est malitiis haud indulgere, causa cognita, partes interponat, ac mulieri permittat experiri in suam utilitatem, sed & simul suo proprio, non mariti reluctantis periculo: adeo ut, tristiore calculo præter exspectationem per uxorem ita litigantem relato; ipsaque tanquam litigatrice temeraria in expensas damnata, nihil eo nomine debeat marito decedere; verum executio potius in bona uxoris dirigenda sit, reservata marito fructuum inde percipiendorum facultate, salvisque juribus reliquis jure maritalis potestatis marito quæsitis, Joh. Papon. *lib.* 7. *tit.* 1. *arrest.* 13. *& ibi in notis*, Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 424. *gloss.* 1. *n.* 3. Christinæus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 9. *art.* 4. *n.* 25. Choppinus *ad leg. Parisiens. lib.* 2. *tit.* 1. *n.* 15. Guerin. *ad Parisiens. art.* 233. verb. *& possessoires*, Rodenburg. *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *n.* 11. 12. Plane, si maritus uxoris nomine in jus vocatus cedendum duxerit, uxor vero contradicendum credens a judice impetraverit causa cognita (amplitudine maritalis potestatis ex lege loci non impediente) licentiam rei suæ sine viro in judicio defendendæ, dum forte maritus levior videbatur prævaricando velle causam adversario donare, tandemque ipsa succubuerit; non dubium, quin simpliciter in virum sententia, quatenus rei petitæ solutionem aut restitutionem imponit, executioni danda sit; eo quod non ad aliud eo casu maritus obstringitur, quam quod jam ante paratus fuerat, needum ulla pressus judiciali auctoritate præstare. Præcipue vero in injuria, si quam uxor perpessa fuerit, nec ad animum voluerit revocare aut vindicare maritus, a judiciali auctoritate suppleri defectum maritalis auctoritatis æquum est, adeoque permittendum mulieri injuriarum suo nomine experiri, ne, dum maritus forte vilis & abjectus, famæque prodigus, contumeliam uxori honestæ illatam, ad suam metitur vilitatem, ad eamque connivet, probris quorumvis atque injuriis uxor impunitatis fiducia reddatur obnoxia, arg. *l. sed si unius* 17. §. *interdum* 13. *& 14. ff. de injuriis*, Christinæus *ad leg. Mechliniens. tit.* 9. *art.* 9. *n.* 8. Papon. *lib.* 7. *tit.* 1. *arrest.* 10. *in notis*, Rodenbur. *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 2. *circa fin.*

19 Quibus autem in casibus mulierem sine mariti auctoritate in judicio stare nefas est, in iis tamen si steterit contra juris prohibitionem, & victrix evaserit, rata erit sententia in ejus utilitatem pronunciata, idque tum exemplo sententiæ pro minore, curatore destituto, latæ, arg. *l. non eo minus* 14. *C. de procurat.* tum vi ratihabitionis, quam maritus omni tempore potest interponere, arg. *l. ult. C. ad Senatuscons. Macedl.* Tyraquellus *ad leg. connub.* verb. *de son mary*, *gloss.* 8. *n.* 75. Chassenæus *ad consuet. Burgund. rubr.* 4. §. 1. *ad verba, contractus inter vivos, n.* 25. *& seqq.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 1. *tit.* 7. *n.* 7. Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 4. *defin.* 5.

20 Est autem in libero actoris cujusvis arbitrio, an, & quo tempore, actionem intentare velit: dummodo caveat, ne elabi patiatur tempora ad agendum a jure præfinita, *l. pure mihi* 5. §. *ult. ff. de dole mali & met. except. tit. C. ut nemo invitus agere vel accus. teneatur*, cœptum tamen judicium prosequi tenetur; ne alioquin, si cessaverit ante conclusionem in causa, instantia litis declaretur peremta; quod nostro jure hodierno fit, si anno integro a novissimis actis conquieverit actor. Post conclusionem in causa, cum non ultra per moram actoris, sed judicem stare videatur, quo minus lis finem accipiat, non potest instantia in pœnam actoris declarari peremta, sed potius eo casu ad litigantium petitionem, & iteratam judicis superioris admonitionem, lis tota evocationis jure ad tribunal superius transfertur terminanda, conveniente juri Romano *in novell.* 17. *cap. si tibi quoque* 3. de qua evocatione in sequentibus de foro competente latius. Vide Groenewegen *ad l.* 3. §. 1. *C. h. t. ibique DD.* & *ad novell.* 85. Wassenaar *pract. jud. cap.* 3. *n.* 24. *& seqq.* Appendicem *decision. post responsa JCtor. Holland. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 13. Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 30. *num. ult.* van Alphen *Papegaey part.* 1. *cap.* 12. *&* 13. Ut tamen adversus peremtam litis instantiam facilis sit impetratio in integrum restitutionis, usque adeo, ut ne memoriam quidem denegatæ hac in parte restitutionis extare testetur Neostadius *Curiæ supr. decis.* 90.

21 Cum autem in *l. diffamari* 5. *C. de ingenuis manumis.* rescriptum esset; *diffamari statum ingenuorum, seu errore, seu malignitate quorundam, periniquum est: præsertim, cum affirmes, diu præsidem unum atque alterum, interpellatum a te, vocitasse diversam partem, ut contradictionem faceret, si defensionibus suis confideret. Unde constat, merito rectorem provinciæ commotum allegationibus tuis, sententiam dedisse, ne de cetero in-*

inquietudinem sustineres; dedit illud occasionem Jurisconsultis extendendi d. legis quintæ dispositionem per interpretationem ad omnes illos, qui iniquis sermonum jactationibus existimationem alterius minutum aut elevatum eunt, quasi is, aut crimen perpetrasset, aut debitor esset iniquusque rei alienæ possessor; tali enim diffamatione posita, diffamato eandem probanti accommodari solet actio ex *d. l. diffamari*, adversus diffamatorem, ut actionem, aut accusationem, si quam habere se putet, intra certum tempus instituat; aut alioquin ei perpetuum imponatur silentium. Cujus actionis usum ac praxin in civilibus vide apud Mynsingerum *cent.* 3. *observ.* 78. Andr. Gayl *lib.* 1. *observ.* 9. 10. 11. 12. Merulam *prax. civil. lib.* 4. *tit.* 2. *cap.* 22. Wassenaar *pract. judic. cap.* 3. *n.* 5. 6. 7. *& seqq.* van Alphens *Papegaey part.* 1. *cap.* 5. *pag. mihi* 83. *& seqq.* in criminalibus, Instruct. Curiæ Holland. *art.* 225. Ultrajectinæ *tit. pen. art.* 24. *& seqq.* Brabant. *art.* 618. Wassenaar *pract. judic. cap.* 4. *n.* 34. *& seqq. & tot. cap.* 28. van Alphens *Papegaey part.* 1. *cap.* 34. *pag. mihi* 514. *& seqq.* & novissime Petrum Bort *van criminele saken tit.* 3. Neque sufficientes video rationes, cur a communi interpretum opinione cum Francisco Sarmiento *selectar. interpretat. lib.* 1. *cap.* 2. recedendum foret; quasi iniquum esset, in omnibus promiscue causis diffamatores ad agendum compelli; & ad summum ad quæstiones de jure servitutum diffamatio sufficeret, ideoque in iis negatoria actio prodita esset, etiam ei, qui possidet, accommodanda. Sane enim, si ut ille ait, servitutum intuitu jactantia sparsique rumores sufficiant, causam non animadverto, cur non longe magis pro asserenda proprietate rei, vel libertate ab obligatione ex contractu vel delicto per rumores sinistros in dubium vocata, invigilaretur, cum utique, quo magis, & quo majori de re, unusquisque periclitatur, eo quoque magis ei defensiones concedendæ sint; præsertim, cum considerandum sit, actorem ex *lege diffamari* experientem, non intendere, nullum adversario jus competere (quod in rei vindicatione non habet locum nec prodesse potest, ut *lib.* 7. *tit.* 6. dicetur), sed id unum desiderare, ut adversarius diffamator actionem intra brevius temporis spatium moveat, si quam sibi competere putet; aut alias veluti in injuriæ per jactantiam allatæ pœnam perpetuo sileat: quod non repugnat naturæ actionum in rem, multoque minus iis, quæ in personam sunt. Nec leve haberi debet, si quis aut delicti auctor particepsve esse spargatur, aut debitor dicatur alterius, vel iniquus alienarum rerum possessor; præcipue inter mercatores, quorum ex fide, quam apud alios inveniunt, felicitas magna ex parte pendet; quæ fides quantopere decrescere soleat ex hujusmodi jactationibus non discussis, experientia testis est. Utique injuriarum teneri eum, qui vel non debitorem, ut debitorem appellaverit; vel pignus proscripserit venditurus, tanquam a me acceperit, cum ab alio accepisset, Servius & Ulpianus auctores sunt, *l. item apud Labeonem* 15. §. *item si quis* 32. *&* 33. *ff. de injuriis*, & fidejussorem idoneum a reo oblatum, si acceptus non fuerit, tanquam de injuria sibi facta queri posse, Gajus refert *l. si vero* 5. §. 1, *ff. qui satisd. cog.* Quibus consequens est, ut nec iniquum aut injustum censeri possit, si per legitimam extensionem *d. legis diffamari* remedium detur, per quod hujusmodi calumniantium ac diffamantium malitiis occurratur mature, atque ita sugillata ac labefactata per jactantiam existimatio fidesque confirmetur.

22 Quod si diffamationem a se factam neget hac vocatus actione, ac in probatione deficiat, qui se diffamatum conquerebatur, vocato neque necessitas intra certum tempus agendi imponenda est, neque post temporis istius lapsum silentium invito injungendum: ne alioquin in debitorum quorumvis potestate sit, inutile actori reddere indultum a jure liberum agendi arbitrium; neve silentii pœna imponatur ei, qui nulla peccavit linguæ jactantiæ ac temeritate, Andr. Gayl *lib.* 1. *observ.* 10. *n.* 7. *& observ.* 11. *n.* 2. Volenti vocato ac consentienti quin silentium recte imponatur, dum sese nullam habere actionem palam profitetur, dubium non est, Wassenaar *practic. jud. cap.* 3. *n.* 8. Et hæc ita, si in certam personam actio hæc movenda sit: sed jactantiæ probatio necessaria non est, si quis nulla certarum personarum facta designatione edicto vocari faciat omnes illos, qui actionem aliquam aut jus sibi competere arbitrantur, uti id hodie fieri adsolet in decreti interpositionibus, quibus rerum venditarum traditionem firmari consuetudo fert; uti & in iis, qui delicti alicujus insimulati rumore aut fama publica, purgare sese, & innocentiam adversus omnes tueri velle profitentur; quive jure suo novum opus facere desiderantes, metuunt, ne quis vicinorum aut operis novi interponat nunciationem, aut novum opus perfectum, ut non jure factum, interdicto quod vi aut clam, aliove simili juris remedio, subverti petat *Verscheyde resolutien en decisien van den Hogen. en Provincialen Rade*, post *responsa Jurisc. Holland. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 12. *post med.*

23 Intentanda hæc actio, ex *l. diffamari* in eo loco, in quo diffamans ex jure communi forum competens sortitur: quamvis enim nonnullis visum fuerit, diffamantem a diffamato ad proprium diffamati ipsius forum vocari posse, Mynsingerus *cent.* 6. *observ.* 90. Andr. Gayl *lib.* 1. *observ.* 9. *n.* 3. verior tamen est sententia contraria; cum utique actor rei forum sequi teneatur, in hac autem actione diffamatus, tanquam provocans, actor sit, diffamans vero, ut hoc provocatus judicio, reus, frustraque allegetur, diffamantem ex ipsa rei natura actorem esse, quippe quæ assertio erroneo hoc fundamento subnixa est, quasi unicum tantum diffamationis judicium esset; cum ex adverso separata duo judicia, actiones distinctæ sint, & altera quidem nihil aliud postuletur, quam ut adversarius experiatur, si quam sibi actionem quæsitam arbitretur; altera vero de principali debito disceptatio fiat. Unde & diversos apud judices utrumque hoc judicium, velut omnino distinctum, agitari nihil vetat, neque mota actio ex l. diffamari litis pendentiam inducit quantum ad controversiam principalem, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 18. *vers. verum Senatus*. Diffamans scilicet in suo conventus foro, probata diffamatione condemnandus est ad id, ut actionem instituat, non eodem in judicio, sed tali in loco, in

quo

quo diffamatus principali in causa conveniendus fuisset, etiamsi nulla verborum jactantia intercessisset. Sic fit, ut prima in lite diffamatus actor rei diffamantis sequatur forum, in lite altera diffamans tanquam actor apud competentem diffamati, tanquam rei, judicem experiatur, quod & fatetur dissentiens Gaylius *lib.* 1. *observ.* 11. *n.* 2. 4. 5. 6. diserte cautum Instruct. Curiæ Braban. *art.* 619. *provisioneel accord tusschen Holl. en Zeland* 11. *Junii* 1674. *art.* 16. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 18. vers. *verum senatus*, & *decis.* 101. Matthæus de Afflictis *decis. Neapol.* 268. Zangerus *de exceptionib. part.* 2. *cap.* 15. *n.* 14. & *seqq.*

24 Quia vero primum judicium ex *l. diffamari* ad perpetuum tendit silentium, & juris, si quod quæsitum esset, ademtionem, neque temere eo deveniendum est, hinc unam citationem diffamatoris non sufficere vulgo traditum. Duas ad minimum desiderat Andr. Gayl. antequam se non sistenti silentium, velut contumaci, queat imponi, *d. lib.* 1. *observ.* 12. *n.* 4. & *seqq.* tres requirere videtur Neostadius, & quartam ex abundanti, non ad id, ut ad exemplum aliarum actionum actor libellum petitionis probationibus munitum judici exhibeat, sed ut quartum citatus excipiat sententiam, silentii perpetui præceptum continentem, *Curiæ Holland. decis.* 44. Imposito per judicem silentio perpetuo, an adversus decretum tale restitutio in integrum causa cognita impetrari possit, tractatum *tit. ex quib. caus. majores n.* 9.

25 Porro actori, actionem in judicium deducere volenti, cavendum summopere fuit de jure Romano, ne plus peteret, sive re, sive loco, sive causa, sive tempore. Etenim minus quidem petendo actorem nihil periclitari placuit, sed reliquum vel in eodem judicio, mutato libello, vel priore finito per novam litem, persequi posse. §. *si minus* 34. *Instit. de act.* neque enim uspiam prohibetur actor debitum per partes petere: quo tamen casu reus conventus jure desiderare potest, ut uno judicio de toto disceptetur debito controverso, ne dividatur causæ continentia, & pluribus reus judiciis distringatur, Gomezius *var. resol. tom.* 2. *cap.* 10. *n.* 5. *in med.* Christinæus *vol.* 2. *decis.* 157. *n. ult.* At si plus petitum fuisset, olim causa cadebat actor, non ipso jure, sed magis ope exceptionis, ut vult Rævardus *lib.* 3. *varior. cap.* 14. Sane, cum actor non probasset, adeoque non appareret, reum vocatum debere id, quod in petitionem deductum erat, non alia quam absolutoria sententia ferri poterat: cujus vi reus perpetuam nactus rei judicatæ exceptionem, repellere potuit actorem iterato eadem de re litigantem. §. *temporales* 10. *Inst. de except.* §. *si quis agens* 33. *Inst. de act.* nisi actori justissima de causa restitutio daretur, *d.* §. *si quis agens* 33. *Inst. de act.* Suetonius *in vita Claudii Cæs. cap.* 14. *in fine*. Jure novo in triplum damni dati actio comparata fuit adversus actorem, re, loco, vel causa, plus petentem; sin tempore plus petitum esset, obtinuit, ut & inducias, quas ipse actor sponte indulserat, vel natura actionis continebat, ab actore contemptas, in duplum haberent ii, qui talem injuriam passi erant; & post eas finitas non aliter lites suscipiant, nisi omnes receperint litis prioris, præmature, adeoque temere motæ, impensas, *d.* §. 10. *Inst. de except.* §. *tripli* 24. §. *si quis agens* 33. *in fine Inst. de action.* Adde *DD. tit. Cod. de plus petitionibus*. Quod & jure canonico evidenter constitutum in iis, qui, cum non ex certo die, sed sub conditione creditores essent, ante conditionis eventum judicio experti sunt, *cap. unic. in fine extra, de plus petition.* Quanquam ne has quidem plus petitionis pœnas amplius in foro vigere, verius est; dum reus ante tempus conventus simpliciter a judicii observatione liberatur, actore quidem in expensas litis damnato, sed salva ei licentia rei iterum conveniendi, quam primum diem obligationis venisse constat. In ceteris plus petitionibus reo liberum est offerre plus petenti, quod se debere censet; quo non acceptato, si judex non ultra oblata condemnet, in expensas actorem ut temere litigantem damnare potest, Christinæus *vol.* 2. *decis.* 157. *ad tit. de plus petition. n.* 10. Groenewegen *ad d. tit. C. de plus petition.* Leewen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 26. *n.* 7. Vinnius & parens p. m. Paulus Voet *ad* §. 33. *Instit. de action. ibique plures allegati*.

26 Quod si pendente debiti conditione debitum in judicio cœptum sit peti, ac lite pendente existat conditio, ne tum quidem reum condemnandum esse, sed magis a judicii observatione dimittendum, prima fronte suadere videtur juris regula, secundum quam non potest videri in judicium deductum id, quod demum post litem contestatam accidit; ut proinde alia interpellatione opus sit, *l. non potest* 23. *ff. h. t.* Sed contrarium magis jure civili probatum esse, ex eo apparet, quod Ulpianus scripsit, debitorem conditionale pendente conditione conventum actione ex stipulatu, vel petitione hæreditatis tanquam juris possessorem, condemnari debere, si modo rei judicandæ tempore conditio extiterit, atque ita venerit dies obligationis, *l. quod si in diem* 16. *pr. ff. de petit. hæredit.* Nec minus hanc confirmat sententiam, quod ab eodem Ulpiano traditum est, eum, qui ante solutionem egit pignoratitia, licet non recte egerit, tamen si offerat in judicio pecuniam, atque ita ei lite pendente nascatur agendi jus, debere rem pignoratam, & quod sua interest, consequi, *l. si rem alienam* 9. §. *ult. ff. de pignorat. act.* nec refragetur *d. l.* 23. *ff. h. t.* quippe quam recte de illis casibus intellexeris, quibus ipsa agendi causa lite demum pendente nata est, secundum ea, quæ occurrunt in *l. Antæus* 14. §. *ult. ff. de aqu. pluv. arcend.* cum ex adverso in nostra quæstione jus agendi post litem quidem contestatam competere cœperit, sed causa agendi antiquior fuerit, ac ante ipsum extiterit exordium litis, Gomezius *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 11. *n.* 25.

27 Licet autem plerumque id obtineat, ut judicium in pendenti esse non possit, vel de his rebus, quæ postea in obligationem venturæ sunt; nec lis esse, priusquam aliquid debeatur *l. non quemadmodum* 35. *ff. h. t.* casus tamen sunt, quibus & id, quod nondum est debitum, in judicium recte deducitur; puta, si futurum debitum connexionem habeat cum eo, quod jam vere debitum est. Qua ratione recte actor petierit, reum non in præsentes tantum, sed & futuri temporis usuras damnari, do-

nec

nec condemnationi ad sortis restitutionem satisfactum fuerit, arg. *l.* 1. *C. de sentent. quæ sine certa quant. profertur*. Idemque in fructibus ac ceteris rerum principalium accessionibus statuendum est, arg. *l. utique* 16. *l. fructus* 53. *l. pen. ff. de rei vindicat.* uti & in annuis reditibus, arg. *l.* 1. *C. de fideicommissis*, *l. libertis* 18. §. *manumissis* 1. *ff. de aliment. & cibar. legat.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 74. Costalius *ad d. l.* 55. *ff. h. t.* Similiter, si quis certam quantitatem debeat non simul & semel, sed annua, bima, trima die solvendam, ac in primæ pensionis solutione moram faciat, jure creditor actione contendit, ut non ad primæ tantum (in qua mora facta est) sed & ad secundæ tertiæque pensionis exsolutionem condemnatio fiat, illis temporibus executionem habitura, quibus venerit pensionis cujusque debitæ dies, Costalius ad *d. l.* 35. *ff. h. t.* Barbosa *ad l. non potest* 23. *ff. h. t. de judiciis n.* 107. *& seqq.* Sande *dec. Frisic. lib.* 1. *tit.* 4. *defin.* 3. Alimentorum quoque annuorum aut menstruorum ex testamento vel contractu præstandorum intuitu efficaciter ad id agitur, ut condemnetur eorum debitor ad præterita in continenti, & futura suis quæque temporibus solvenda. Sic fiet hisce in casibus, ut non teneatur creditor annis singulis litigare, aut de suo docere jure, sed sententia stato quoque tempore executioni mandanda sit sine nova pleniore causæ cognitione, *l.* 1. *C. de fideicomm. l. libertis*, *quos* 18. §. *manumissis* 1. *ff. de aliment. & cibar. legatis*, Costalius *ad d. l.* 55. *ff. h. t.* Gomezius *var. resolut. tom.* 2. *cap.* 11. *n.* 47. Sande *dec.* 120. Andr. Gayl. *d. lib.* 2. *observ.* 74. Non etiam absurdum fuerit, ob præsentem adversarii jactantiam de jure sibi post tempus aut conditionis existentiam competituro, eundem actione ex *l. diffamari* ad id obstringi, ut de præsenti doceat de jure illo, quod sibi aliquando competiturum disseminavit, aut alioquin in perpetuum; etiam lapso die vel conditione, silentium ei imponatur; cum non minor ex futuri, quam præsentis debiti jurisve jactantia diffamatio inferatur, Sande *dec. Frisic. lib.* 1. *tit.* 4. *defin.* 3. *in fine*.

28 Denique, si debitoris obærati bona, curatore dato, auctione publica intervenientibus hastæ solemnibus distracta fuerint, etiam creditori in diem vel sub conditione liberum est suum debitum profiteri, & de protopraxia cum ceteris ejusdem debitoris creditoribus disputare, ut, si debitum in diem certum sit, illud ipse suo ordine recipiat, deducto inde repræsentationis seu præsentis solutionis emolumento, in quantum juxta jura vulgata plus accipit qui statim, quam qui post tempus accipit: sin conditionale sit, ei suum jus prælationis aut concursus cum ceteris creditoribus assignetur; executionem habiturum, cum conditio debiti extiterit, adversus eos, qui ex puro debito, sed debiliori jure munito, suum receperunt sub cautione de reddendo, si qui emerserint potiora jura habentes, arg. *l. procuratoris* 5. §. *ult. ff. de tributor. actione*, junct. *l. grege* 13. §. *si sub conditione* 5. *l. quæsitum* 14. *ff. de pignor. & hypoth. l. quod si in diem* 16. *ff. de petit. hær.* Eoque facit, quod, ubi bona defuncti creditoribus ejus sufficiunt, quæ mixta bonis hæredis non essent creditoribus defuncti pariter & hæredis obærati suffectura, liberum creditoribus defuncti sit separationem impetrare, non illis tantum, quibus pure, sed & quibus in diem debitum, aut sub conditione, *l. creditoribus* 4. *ff. de separation.* vide *Rotæ Genuæ dec.* 107. Alioquin bonis debitoris necdum occupatis, creditores, quibus in diem vel sub conditione debetur, non nisi cautionem de debito suo tempore solvendo exigere possunt ac judicio persequi, cum debitor, qui contractus tempore idoneus erat, deinceps quocunque modo incipit suspectus esse: idque de jure Romano in solis bonæ fidei judiciis obtinuit, non item in iis, quæ stricti juris sunt, arg. *l. in omnibus* 41. *ff. h. t.* excepta causa legatorum in diem vel sub conditione relictorum, *tit. ff. ut legat. seu fideic. serv. causa caveatur*. Sed quia communiter usus magna ex parte sustulit, quas jus civile constituerat, differentias inter bonæ fidei strictique juris actiones, ut notat Groenewegen *ad* §. 28. *Instit. de action.* Vinnius *ad d.* 28. *n.* 4. *in fine*. Paulus Voet *ad* §. 30. *Instit. eod. tit.* atque adeo etiam in stricti juris judiciis plenum judicantis arbitrium admittitur: verius est, hodie etiam in his posse per judicem, causa cognita, cavendi necessitatem debitori, in diem aut sub conditione debenti imponi, confer Gomezium *var. resol. tom.* 2. *c.* 11. *n. ult.* & quæ dixi *tit. de in jus voc. n.* 30. *de arrestis rei servandæ causa faciendis*.

29 Illud circa reos in judiciis observandum est, unumquemque de suo debito, sive ex contractu, sive ex delicto, conveniendum esse, neminem pro alio, adeoque nec uxorem pro debitis mariti, nec maritum pro debitis uxoris, *tit. C. ne uxor pro marito*, nec filium pro patre, *tit. C. ne filius pro patre*, pœnis adversus eos constitutis, qui debitorum filios aut jure pignoris retinere, aut operas eorum elocare, aut aliter libertati eorum obesse sub paterni debiti obtentu ausi sunt, *nov.* 134. *cap. quia vero* 7. *l. ult. ff. quæ res pign. dari*, nisi pater fisci debitor fuerit ex causa primipilari seu annonaria: de eo enim debito filium, licet patri hæres non extiterit, conveniri a fisco posse, utilitatis publicæ intuitu jure singulari Romanis placuit, *l. ult. C. de primipilo*. Quo usque vero ex jure hodierno maritus pro debitis uxoris, uxor pro debitis mariti, vel stante matrimonio contractis, vel ipso conjugio antiquioribus, teneatur, ac propriis in bonis patiatur executionem, dicendum erit in materia nuptiarum ac pactorum dotalium. Quo usque pater vel dominus ex contractu aut delicto filii, vel servi, vel famuli ministrantis conveniri queat, exponetur *tit. de noxalib. action. & tit. de peculio*. Longe minus extraneus pro extranei alterius debito inquietandus, detinendus, aut judicio pulsandus est, licet ejusdem esset municipii civis cum debitore: qualis agendi modus, pignorationis vocabulo designatus, quam a Justitia plerumque alienus sit, ex Justiniani verbis, quæ adscribere libet manifestum est; *Sancimus*, (inquit, *novell.* 52. *cap.* 1.) *nullam omnino pignorationem in nostra republica prævalere, neque in mercatis (hoc quod maxime ibi præsumptum invenimus) neque in agris, neque in civitatibus, neque in vicis, neque in civibus, neque in vicaneis, neque in agricolis, neque alio omnino quocunque modo vel tempore: sed præsumentem alium pro a-*

alio secundum pignorationis formam aurum aut aliquid aliud exigere, hoc reddere in quadruplum violentiam passo: & cadere etiam ab actione, quam habuit adversus eum, pro quo exactionem fecit, Non enim habet rationem, alium quidem esse debitorem, alium vero exigi: sed nec, alteri molestum esse pro altero tanquam invasionem aut injuriam committentem: & alium quasi vicaneum existentem cædi, aut injuriam sustinere & pati aliquid, quod omnino non competit, pro alio: & absque legitima occasione quamlibet perferre calumniam: imo, grave est, secundum Zenonem in l. unic. C. ut nullus ex vican. pro alien. vican. debit. teneat. non solum legibus, verum etiam naturali æquitati contrarium, pro alienis debitis alios molestari. Adde *l. nullam* 4. *C. de executor. & exactor.*

30 Et hæc quidem verissima, si & debitor & creditor uni supremo subsint magistratui; sic ut creditor auctoritate judiciali implorata debitorem possit ad solutionem adigere. At si diversis sub Principibus debitorem & creditorem morari contingat, ac creditori, in rei foro jure experiunti, denegetur justitiæ administratio, jure gentium invaluit, capi & detineri subjectos ejus, qui jus dicere recusavit, ut & bona eorum; idque auctoritate magistratus illius, cui subest is, qui ex denegata jurisdictione læsus est. Qualis apprehensio, si hominum esset, *ἀνδροληψία* ex Atheniensium instituto appellata, ein rerum, *ἐνεχυρασμὸς* dicta fuit, barbaro vocabulo nunc *repressaliorum* veniens denominatione, impetrata ad id a Principe licentia ac *literis marcæ* ut vocant, ita dictis, quod repressalia potissimum in regni aut reipublicæ finibus exerceri solent, quos limites *marcas* dici a Germanico *mark* jam dudum a feudorum interpretibus observatum est. De hoc repressaliorum jure consulendi præcipue Grotius *de jure belli & pac. lib.* 3. *cap.* 2. Damhouderus *praxi criminali cap.* 100. Joh. Jac. a Canibus *tract. de repressal.* Andr. Gayl. *tract. de pignorationib. cap.* 1. 2. Christinæus *vol.* 5. *dec.* 183. Gudelinus *de jure noviss. lib.* 5. *cap.* 11. Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 13. *& seqq.*

31 Illud haud prætereundum, judices ordinarios non posse cuiquam peteuti indulgere hoc repressaliorum jus, sed solum illum, qui majestate præditus est, & belli pacisque jure gaudet, cum ad modum belli justi hoc jus concedatur, & speciem belli præseferat, aut præludium certe belli imminentis sit. Insuper non peregrinis hominibus, sed solis subjectis hoc oportere concedi; cum Principis quidem intersit, nullam cives suos injuriam a peregrinis, ac læsionem pati; nequaquam vero ad eum pertineat, si alieno in territorio peregrinis jus non reddatur: in quam sententiam judicatum extat apud Neostadium *Curiæ supr. dec.* 11.

32 Quod si actor aut reus legitimam secundum jam tradita habens personam standi in judicio, ac in lite subsistens, eadem pendente, in fata concedat, jure quidem Romano lis eodem, quo cœpta erat, tramite adversus defuncti hæredem occurrebat; ac, si procurator a defuncto constitutus fuisset, in eum tamen post mortem mandantis, tanquam dominum litis sententia dabatur; arg. *l. si defunctus* 15. *l. post litem* 17. *§.* 1. *ff. de procurat. l. nulla dubitatio* 23. *C. eod. tit.* at nostro jure hæredes ejus ab adversario citandi sunt, ut cœptam cum defuncto litem continuent, eumque in finem renovent mandatum procuratori datum, quod mandantis morte extinctum fuit, cum procuratores hodierni non litis domini, sed tantum ministri sint; vulgo, *tot herneminge van arrementen van den processe*; de cujus praxi vide sis, *instruct. Curiæ supr. art.* 245. 246. 247. 248. 249. Hollandiæ *art.* 114. Flandriæ *art.* 525. Zypæum *notit. juris Belgici lib.* 1. *tit. de procuratoribus in fin.* Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 109. *n.* 5. 6. 7. Merulam *praxi lib.* 4. *tit.* 83. *cap.* 4. 5. 6. Brunnemannum *ad l.* 15. *ff. de procurat.* Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *c.* 11. *n.* 89. Berlichium *part.* 1. *conclus. practic.* 27. Groenewegen *ad l.* 23. *C. de procurator.* Wassenaar *pract. judic. cap.* 4. *n.* 25. *& seqq.* Nec refert, utrum hæredes simpliciter hæreditatem adiverint, an adhibito inventarii beneficio; cum effectus ejus, ne hæres confectione durante inquietetur, ad novas tantum lites pertineat; at nullam iis moram injiciat, quæ jam contra defunctum fuerant inchoatæ: quippe in quibus non tam suo jure aut suo beneficio, quam potius eodem jure, quod defunctus utebatur, in judicio defendi debet, arg. *l. si is, qui Romæ* 34. *ff. de judiciis*. Anton. Faber *C. lib.* 6. *tit.* 11. *defin.* 38. Joh. Papon. *lib.* 21. *tit.* 10. *arrest.* 8. modicum interim temporis spatium hæredi tribuendum esse, ut deliberet, num litem defuncti nomine continuare cupiat, ratio jubet; quod in Gallia mense circumscriptum esse testatur Papon. *d. loco*, alioquin judicis arbitrio definiendum: denegatam saltem fuisse petitionem ejus, qui ipso die mortis mandatum ad resumenda litis arma a defuncti vidua postulaverat; apparet ex collectis utriusque Curiæ Hollandicæ sententiis, *sententien van den Hog. en Provinc. Raad dec.* 43.

33 Non tamen in finem superiorem citandi sunt defuncti actoris reive hæredes, quoties ante mortem jam conclusa fuit causa, sic ut solum supersit officium judicis, sententiæ pronunciatione interponendum; quæ licet jure Romano in mortuum ferri non debuerit, *l.* 2. *ff. quæ sentent. sine appell. rescind.* sed magis in procuratorem ut litis dominum, secundum ante dicta: tamen hoc casu in ipsum, post conclusionem in causa demum fato functum, eandem dici, usus observat, hærede ad sententiam audiendam citato, Gayl. *d. observat.* 109. *num.* 5. 4. Matthæus, Groenewegen, Wassenaar & reliqui allegati *dd. ll.*, Longeque minus superiora observari necesse est, si post sententiam dictam mors demum litigantis proponatur supervenisse; eo namque casu magis est, ut hæres citetur eo fine, ut videat novas adversus se literas executionis decerni; vulgo *omme nieuwe letteren van executie te sien decer neren; of de sententie te sien verklaren executabel*. Aut. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 7. Sed & apud nos superiorum observatio remissa est, si post resumta per hæredes propter litigantis obitum arma litis, unus ex cohæredibus rebus humanis eximatur; tunc enim absque ulteriore citatione hæredum hæredis litem cum ceteris hæredibus superstitibus ac litis

tis ejusdem consortibus ita ad finem perduci, ut ipsi quoque cohæredi defuncto vincant in judicio illo, aut vincantur, diserte cautum fuit, *instruct. Curiæ supr. art.* 249. Denique nec interveniens pendente lite mors tutoris, qui pupilli nomine in judicio steterat, efficiet, ut aut vidua ejus aut hæredes vocentur, litis per defunctum inchoatæ continuandæ causa; eo quod morte tutoris extincta tutela, nec ad hæredes ejus viduamve transmittenda, sed alio in defuncti locum surrogato, itemque tutorio nomine curaturo, ne volentes quidem tales pro pupillo audiendi essent, Berlichius *part.* 1. *conclus. practic.* 27. *n.* 26. 27. Amplissimus D. Someren Curiæ Ultrajectinæ Præses dignissimus *de jure novercarum cap.* 7. *sect.* 1. *n. ult.*

54 Præter actorem reumque, judicio contendentes, quandoque fit, ut & tertius eadem in lite interveniat; seu, mota per alios lite, sese pro suo jure interponat. Intervenitur autem quis potest, vel ad id ut alterum experientem excludat, ac litem in se transferat, vel ut alterum juvet eique assistat in lite mota. Ut litem in se transferat, intervenit, quoties non ejus, qui judicio cœpit experiri, sed sua principaliter interesse, contendit. Qua ratione, si pater, dirempto filiæ matrimonio, dotem a marito ejus repetere vellet, liberum filiæ fuit intercedere, ne patri, sed sibi, tanquam patria potestate liberatæ, & suæ potestatis factæ, dos reddatur, *l. Titia divortium* 54. *ff. soluto matrimon.* Et generaliter illis in casibus, quibus ea de re, cujus actio vel defensio primum alteri competit, alius tanquam actor aut reus litem sustinere vult, & sententia adversus ipsum lata, ei est obfutura: qui dum sibi actio aut defensio primo loco competebat, sequentem judicio contendere passus est; veluti, si creditor debitorem experiri patiatur de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptæ, aut emtor ac possessor rei venditæ venditorem de rei emtæ proprietate, aut si quis alius de jure, quod ex capite alterius habet, illum ipsum, a quo id habet, litigare sinat, *l. sæpe constitutum* 63. *ff. de re judicat.* arg. *l. principaliter* 19. *Cod. de liberali causa*, *cap. veniens* 58. *extra*, *de testibus*. Quibus autem in casibus ita intervenit, ut litem adversus alium motam, in se velut principalem transferri desideret, etiam jure ad suum judicem remitti postulat, declinato foro ejus, qui prius conventus erat, ut sibi intervenienti haud competente; veluti, quando, conductore convento de rei proprietate, locator ut dominus intervenit, de proprietate cum actore disceptaturus, Mynsingerus *cent.* 5. *observ.* 14. *in fine*. Quisquis vero hoc modo intervenire vult, ut alterutrum litigantium a lite depellat, protinus ex quo cognovit, ea de re alium in judicio stare, intercedere debet, ac impedire, ne partes ad ulteriora tendant: nam si sciens passus sit, per alium fieri litis contestationem, invitum deinceps depellere nequit, sed inter eosdem, inter quos eo ac patiente sciente cœpta fuit, ad finem suo tramite lis discursura est, ac sententia tertio sciente nocitura, arg. *l.* 63. vers. *scientibus ff. de re judic.* Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 70. *n.* 25. *& seqq.*

55 Contra, ut alterum juvet, eique assistat, intervenire quis potest duplici modo, puta, vel consentiente aut desiderante alterutro litigantium, vel utroque invito & reluctante. Desiderante alterutro intervenit auctor evictionis tentatæ, ac emtori imminentis, findutu vocatus ab emtore, ut liti assistat, ac rei venditæ aliave simili ex causa translatæ defensionem paret, qua de re latius *tit. de eviction.* Debitor quoque principalis, a suo vocatus fidejussore; ut fidejussoris tertius sui conventi suscipiat tuitionem, cum ipse personali exceptione, quæ a fidejussore convento opponi non poterat, tutus esset, *l. idemque* 10. §. *pen. ff. mandati*. Adde *Instruct. Curiæ supremæ art.* 255. Magistratus jurisdictionis suæ tuendæ gratia, quoties ipsis subjectus alibi contra privilegia & jura jubetur litigare, & declinatoriam opponit fori exceptionem, Mævius *de arrestis cap.* 19. *n.* 5. 6. Invito litigantium utroque intervenit, qui cum ejus quoque vertestur in ea lite dispendium, dum res inter istos duos contendentes judicata ipsi quoque tertio nocitura erat, collusionis impediendæ causa sese litigantium alterutri socium addit, Mævius *d. cap.* 19. *n.* 2. 3. Quo fundamento olim legatario consultum fuit sese hæredi, querelam inofficiosi patienti, jungere, ad testamenti tuitionem, ne eodem, per querelam subverso, ipse quoque caderet legati spe; in quantum jure veteri non sola institutio, sed & legata omniaque reliqua ejus testamenti capita in irritum deducebantur, testamento inofficioso pronunciato; (licet id jure novo mutatum sit, ut *tit. seq.* dicetur) *l. si suspecta* 29. *ff. de inoff. testament.* arg. *l. a sententia* 5. §. *si hæres* 1. *l. si perlusorio* 14. *ff. de appellation.* Jure quoque novo, si res litigiosa legata sit, legatario facultas data, quod possit hæredi de ea re litiganti adesse, ne colludatur; dum solus ei legato tali relictus videtur eventus litis, remque percepturus est, hærede vincente; eodem superato, nihil habiturus, *auth. nunc si C. de litigiosis*, *nov.* 112. *cap.* 1. Ad hæc fidejussores pro eo, pro quo intercesserunt; si debitor minus idoneus sit, & prævaricationis in perniciem fidejussoris suspectus; præcipue fidejussor, qui pro evictione cavit, si emtori lis mota sit de re vendita, ac venditorem emtoremque non boni viri arbitratu rem defensuros credat, arg. *l. a sententia* 5. *pr. ff. de appellat.*

56 Nihil autem refert, qualis sit judex, apud quem tertius pro suo jure intervenire vult: sive enim ordinarius sive delegatus sive privilegiatus sit, æquum non est, continentiam causæ dividi, & diversos apud judices ventilari, quæ inter se connexa per unum eundemque commodius terminari queunt, arg. *tit. ff. de quibus rebus ad eund. judicem eatur*, *l. nulli* 10. *Cod. h. t.* Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 70. *n.* 2. 3. Neostadius *curiæ supr. dec.* 18. *vers. utorque*. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *cons.* 147. *in fine*. Non etiam interest, quo loco jam lis sit, cui quis sese adjungere desiderat; nam & ante & post litem contestatam, imo & post conclusionem in causa, tertium sese liti alienæ pro jure suo immiscere nihil vetat, aut etiam post appellationem ab alterutro litigantium interpositam, apud judicem superiorem, arg. *dict. l.* 5. §. 1. *& l.* 14. *ff. de appellat.* cum utique, appellatione interposita, ea causa consideretur, quasi sententia necdum lata esset, & pro-

vocationis remedio extinguatur condemnationis pronunciatio, *l. 1. §. ult. ff. ad Senatusc. Turpillian. l. furti 6. §. sed si 1. ff. de his, qui not. infam.* Andr. Gayl. *lib. 1. observ. 70. n. 4. 5.* Berlichius *part. 1. concl. pract. 25. n. 36. & seqq.* Carpzovius *def. forens. part. 1. const. 3. defin. 30. n. 5. & seqq.*

57 Non aliter tamen intervenire volens ac liti se jungere, audiendus est, quam si probabiliter sua interesse doceat, summaria saltem interposita causæ cognitione, condemnandus in expensas, damna & id, quod interest, si ex eventu litis appareat, jungentis nihil interfuisse, Gayl. *lib. 1. observ. 69. n. 5. & seqq. & observ. 70. n. 23.* Rebuffus *ad constit. reg. tom. 3. tract. de adjunctionibus art. 2. gloss. un. n. 1. 2. & seqq.* Carpzovius *d. defin. 30. n. 9.* Berlichius *d. part. 1. conclus. 25. n. 48.* atque insuper eandem cum eo, cui se jungit, habeat litigandi caussam, media eadem: nam si jus ejus separatum esset a jure actoris reive; cui se sociare in lite cupit, non permittendum ei foret, ut liti assistat, sed nova lite opus esset, ut ita unusquisque de jure suo separatim contendat; fieri posset, ut is, qui se jungere liti cupiebat, nunc seorsim experiundo, victoriam obtenturus sit, succumbente eo, cui se desideraverat adjunctum; at vice versa succumbiturus, vincente eo, cujus liti assistere tentaverat; dum alia atque alia sunt singulorum causæ merita, Neostadius *Curiæ supr. dec. 18.* Andr. Gayl. *d. lib. 1. observ. 69. n. 2. & observ. 70. n. 24.* Hinc, si duo de rei proprietate contendant, tertius se dominum asserens frustra sese liti adjungi postulat; cum utique alia ex causa sibi dominium arroget, ac inepte se sociari illis cupiat, quibus vere adversarius est, ac jus proprietatis competere negat, arrogato sibi dominii jure: sed vel pendente lite priore, ipse adversus eundem possessorem rei vindicatione experiri debebit, vel ea finita adversus victorem de proprietate litigare, arg. *l. is, a quo fundus 57. l. 58. ff. de rei vindicatione l. penult. ff. de petit. hæredit.* Facchineus *lib. 1. controv. cap. 5.* Ant. Faber *C. lib. 3. tit. 1. des. 7.*

58 Impetrata vero a judice hac interveniendi licentia necesse est, ut sese jungens causam suscipiat, litemque ingrediatur eo in statu, in quo illam invenit tunc, cum ad judicium accedit; quod jure canonico evidenter cautum, *cap. ult. in fine, ut lite pendente nihil novi fiat, in 6.* Gayl. *lib. 1. observ. 71. n. 1.* Ant. Faber *Cod. lib. 3. tit. 1. defin. 7. & 37.* Cui consequens est, ut declinatoriam fori exceptionem opponere nequeat: nec litem ab eo judice, apud quem res inter actorem reumque jam cœpta est, ad suum forum proprium revocare, *l. venditor 49. ff. h. t.* Mynsingerus *centur. 5. observ. 14. & cent. 6. observ. 33.* Andr. Gayl. *lib. 1. observ. 71. n. 2. seqq.* quamvis ei haud videatur deneganda licentia redarguendi judicem ut suspectum, si quis justas allegare valeat suspicionis causas: etenim, si judex actori reoque nec gratia nec beneficio nec odio notus, ei tamen, qui se alterutri litigantium adjungit, infestus ac inimicus sit, quis non durum arbitretur, huic necessitatem imponi, ut vel a juris sui, in ea lite versantis, prosecutione abstineat, vel inimici arbitrio permittat causæ suæ decisionem, *l. si pariter 9. ff. de liberali causa*, Ant. Faber *C. lib. 4. tit. 1. defin. 37. in fine*, Andr. Gayl. *lib. 1. observ. 71. n. 6. & 8.* De cetero adjunctum nec ex suo capite nova facta posse allegare, nec post conclusionem in causa testes novos producere aut instrumenta, nisi restitutionem impetrasset, quia nec principalis id potest, tanquam in praxi communiter receptum, tradit Rebuffus *ad constit. reg. tom. 2. tract. de adjunction. art. 2. gloss. unic. n. 12.* Gayl. *lib. 1. observ. 71. n. 12. & seqq. & n. 17.* Plura qui de interventione desiderat, videat *DD. ad l. 63. ff. de re judicata*, Andr. Gayl. *lib. 1. observ. 69. 70. 71. 72.* Merulam *praxi civil. lib. 4. tit. 47. cap. 1.* Rebuffum *ad constit. regias tom. 3. tract. de adjunctionibus*, Damhoudrum *praxi civili cap. 98.* Berlichium *part. 1. conclus. pract. 25.* Wassenaar *pract. judic. cap. 1. n. 97. 98. & seqq.*

59 Judex est vir bonus & æquus, juris peritus per se vel assessores suos, auctoritate publica constitutus, cui causas cognoscendi & decidendi facultas competit. Plane exequendi potestas non omni judici, non pedaneo, sed soli majori, & ei, qui dedit judicem, tributa fuit, pertinens quippe ad jurisdictionem, pedaneo judici haud datam, *l. a D. Pio 15. ff. de re judicata*, dixi *tit. de jurisdict.* Primis Romæ incunabulis ex lege Romuli judicia penes senatum fuisse, dein lege Sempronia ab ordine senatorio ad equites fuisse translata; iterum postea per legem Serviliam senatorio ordini pariter & equestri communicata; variamque posterioribus temporibus fuisse in his factam mutationem variis legibus rei Romanæ scriptores tradiderunt, quas leges compilatas vide apud Rosinum *antiquit. lib. 8. cap. 21.* Et olim quidem, tum in libera republica, tum sub prioribus Imperatoribus, majores judices, velut prætor aliique similes, juri dicundo præerant; ad eos fiebat in jus vocatio; apud eos editio; actionem dabant aut denegabant; dabant & judicem, seu eum partibus addicebant ex judicum decuriis, olim tribus, sed post sub Caligula ad quinarium numerum auctis; qui in stricti quidem juris judiciis formulæ adstrictus erat, nisi partes consensissent in id ut a formula judex recederet, vel libellus petitionis post litem contestatam mutatus esset, ut alibi traditum: at in judiciis bonæ fidei laxiorem habebat potestatem, licentiamque recedendi a formula, propter additam formulæ clausulam *ex bona fide* aut similem. De hoc vetere judicum dandorum more ac instituto qui plura cupit, videat Carolum Sigonium *de judiciis lib. 1. cap. 23. 24.* Rævardum *tract. de præjudiciis lib. 1. cap. 4. 5. 6. & ad leg. 12. tabul. cap. 7. circa fin.* Julium Polletum *historiæ fori Romani lib. 3. cap. 8. 9. 10. 11. 16. & lib. 5. cap. 5.* Rosinum *antiquit. Romanar. lib. 9. cap. 14.* D. Noodt *tract. de jurisdictione lib. 1. cap. 6. 7. 8. & 13.* Dabantur autem hi judices potissimum, si facti quæstio esset: nam juris quæstiones magis in decemvirali vel centumvirali judicio fuisse disceptatas, qui decemviri litibus judicandis aut centumviri erant quasi consilium prætoris, observat probatque Jul. Polletus *de foro Romano lib. 5. cap. 5. fere in fine*, D. Noodt *tract. de jurisdict. lib. 1. cap. 9. fere in med.* De hoc vero judicio centumvirali ac decemvirali plura

tra-

tradiderunt ex professo Carolus Sigonius *de judiciis lib.* 1. *cap.* 8. *&* *cap.* 28. *in med.* Sibrandus Siccama *peculiari libel. de judicio centumvirali*, Jul. Polletus *de foro Romano lib.* 3. *cap.* 13. 14. Rosinus *antiq. Roman. lib.* 7. *cap.* 30. *& lib.* 9. *cap.* 15. *in med.* D. Noodt *de jurisdictione lib.* 1. *cap.* 12. Sed posteriori jure abrogatus fuit ille judicum pedaneorum dandorum mos, ipsique magistratus de causis, quarum jurisdictio ad eos pertinebat, judicare jussi, ex constitutione Diocletiani & Maximiani; nisi vel propter occupationes publicas vel propter causarum multitudinem; omnia cognoscere negotia impedirentur; quo casu adhuc judicis dandi licentia iis reservata fuit: idque non de omnibus, sed tantum de humilioribus causis, *l.* 2. *l.* 3. *C. de pedaneis judicib.* forte quinquaginta aureos, jure novissimo trecentos, haud excedentibus, *l.* 1. *C. de defensor. civit. novell.* 15. *cap. & agi apud* 3. *in fine*, ad quas etiam humiliores causas cognoscendas imp. Julianus potestatem dedit præsidibus constituendi judices pedaneos, improprie sic dictos, & ab antiquis pedaneis judicibus ad singulas causas dari solitis distinctos; qui de hisce levioribus adiri poterant, ne expectato quidem aut adito provinciæ moderatore, *l. ult. C. de pedan. judic.* Zenonem Imperatorem deinceps certos unicuique prætorio judices definiisse Justinianus commemorat, *novell.* 82. *cap.* 1. *in pr.* ipse vero tandem duodecim constituit, quibus solis, & non aliis causæ ad dijudicandum committendæ erant, si magistratus censuissent, eas aliis committendas esse; nisi maluissent consiliariis suis earum particulare examen demandare, ipsi deinde sententiam laturi, *nov.* 82. *cap.* 1. 2.

40 Admonendum tamen, fuisse quasdam antiquitus causas, quæ judicum pedaneorum excedebant potestatem, ac a prætore ipso & aliis judicibus majoribus expediendæ erant, nec habebant ordinarii juris executionem, puta, controversiæ ac disceptationes extraordinariæ de honorariis advocatorum, medicorum similiumque, *l.* 1. & *tot. tit. ff. de extra ordinariis cognition.* fideicommissi persecutiones. Ulpianus *in fragment. tit.* 25. §. *fidei commissa* 12. in integrum restitutiones ex capite minorennitatis, *l. quod si minor* 24. §. *ult. ff. de min.* 25. *annis*: ultio injuriarum graviorum servis non in contumeliam domini illatarum, *l. item apud* 15. §. *si quis sic fecit* 35. *ff. de injuriis*. Causas liberales quod attinet, Constantini quidem Imperatoris constitutione prætor de his in urbe cognoscere jussus est, *l.* 1. *C. de officio prætorum*, uti jam ante in provinciis Rectori provinciæ ea de status quæstionibus judicandi necessitas a Diocletiano & Maximiano fuerat imposita, *l. placet* 2. *C. de pedaneis judicib.* & utrumque a Justiniano confirmatum seu repetitum invenitur in *l. ult. C. ubi causa status agi debeat*. Olim tamen liberalem causam pedaneis quoque judicibus potuisse committi, colligi ex eo potest, quod plures ad eundem judicem dicuntur mittendi, quoties plures adversus unum de statu ejus contendendum putant, *l. cognitio* 8. §. *si plures* 1. *l. si pariter* 9. *ff. de liberali causa*, quodque apud Suetonium, Plautum, Ciceronem, recuperatorii judicii, ac recuperatorum de liberali causa judicantium, mentio est, ut pluribus docet Rævardus *lib.* 3. *variorum cap. ult.* Vinnius *ad princip. Inst. de actionibus n.* 6. D. Noodt *tract. de jurisdict. lib.* 1. *cap.* 9. nec his contrarium est, quod Paulus *in l. nec distinguemus* 32. §. *de liberali* 7. *ff. de receptis*, scripsit liberalem causam majores debere judices habere: (quibus me motum aliquando scripsisse memini, causas liberales non apud pedaneum sed majorem judicem debuisse terminari) neque enim aliud voluit, quam quod arbitri compromissarii ad status quæstionem dirimendam non potuerint eligi, sed a judicibus auctoritate publica constitutis ea debuerit dijudicari; quales judices appellantur *majores* etiam si pedanei sint, in quantum cum arbitris compromissariis collati, iisdem majores sunt.

41 Sed de vetere judiciorum apud Romanos ordine ac forma plus satis, quemadmodum nec pluribus exequi lubet, quis majoribus nostris per Hollandiam vicinasque regiones placuerit litigandi cognoscendique ordo, quave ratione per Ansingos alibi, alibi per Scabinos jura fuerint experiuntibus reddita: enarrata isthæc plenius ab Hugone Grotio *Manuduct. ad jurisprud. Hollan. lib.* 2. *cap.* 28. *n.* 5. *& seqq.* ibique Groenevvegen *in notis n.* 6.

42 Judex esse potest omnis, qui non est prohibitus, sive paterfam. sive filiusfam. quippe publicis in causis habitus pro patrefamilias, *l. cum prætor* 12. §. *ult. ff. h. t.* juncta *l. filiusfamilias* 9. *ff. de his, qui sui vel alien. jur. sunt*. Nec impedimento erit, quod cæcus sit, si modo de talibus disceptetur, quæ ocularem haud desiderant inspectionem, *l. cæcus* 6. *ff. h. t.* mulieres, infames, servos, impuberes, furiosos repelli, non ambigitur, *d. l.* 12. §. *non autem* 2. *ff. h. t.* Et quamvis dilucida habens intervalla, tunc judicare possit; etsi litigantibus eo tempore, quo furor eum corripuerat, addictus sit, *l. cum furiosus* 39. *ff. h. t.* tamen, si datus fuerit sanæ mentis existens, consultius fuerit, eum, furere incipientem removeri, *l. judex datus* 46. *ff. h. t.* quia, ut Imp. ait, non est pene tempus, in quo hujusmodi vitium desperetur, nec raro in dubium trahi posset judicii sinceritas, dum in furoris ac sanitatis confinio eum constitutum contendere posset is, qui sequiorem contra se sententiam excepit, arg. *l. cum aliis* 6. *C. de curatore furiosi*. Quin & minorem annis octodecim a judicandi munere leges excluserunt: ea vero ætate major judex esse potest, si vel litigantes eum admiserint, vel a Principe datus sit, *l. quinam* 57. *ff. de re judicata*, junct. *l. disputare* 3. *C. de crimine sacrilegii*. Adde Lambertum Goris post *adversaria ad l.* 19. *ff. de offic. præsidis*, in verbis: *id enim non est constantis &c. n.* 7. *& seqq.* & quæ dixi *tit. de receptis qui arbitr. recep. n.* 7.

43 Denique minus idonei censendi, quotquot ex alia justa causa litigantium alterutri suspecti sunt; allegata scilicet ac probata justa causa speciali, quæ judicem suspectum reddit. Quæ causæ specialis designatio, uti jure canonico ac nostris moribus ad remotionem judicis impetrandam necessaria est, *cap. cum speciali* 61. *extra, de appellation.* Zangerus *de exceptionib. part.* 2. *cap.* 4. *n.* 18. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 33. *n.* 16. ita etiam jure Romano tum so-

antiquo, tum novo, eam fuisse requisitam verius est, quicquid in contrarium amiti nonnullis placuerit, aliis quidem existimantibus, olim non fuisse allegandas probandasque suspicionis causas, jure novo id exigi: aliis contra, veteri quidem jure necessariam fuisse probationem causæ, sed Justiniani lege id fuisse remissum, Donellus *comment. lib.* 17. *cap.* 25. Etenim, cum libello recusationem comprehendi, judicique suspecto porrigi, vel adito præside in actis manifestam fieri, Justinianus præceperit, *l. apertissimi* 16. *l. ult. C. h. t.* ac veteri quoque jure lege Cornelia injuriarum facta inveniatur enumeratio graduum cognationis affinitatisve, quibus quis litiganti alterutri junctus vetabatur judicare tanquam suspectus, teste Ulpiano *in l. lex Cornelia* 5. *ff. de injuriis*, ac legibus aliis aliæ peculiares suspicionum causæ enarratæ sint; non alio sane hæc pertinere animadverto, quam quod excipienti de judice suspecto docendum fuerit, ac jure novo exprimendum libello, aut actis publicis, aliquam ex probatis in jure suspicionis causis in eum cadere, quem tanquam suspectum, a judicandi munere ea in lite cupiebat depulsum. Quod & haud obscure Gajus innuit *in l. si pariter* 9. *ff. de liberali causa*, dum vult, eum, qui post litem, ab alio de libertate cœptam, de hominis ejusdem statu contendere vult, ad eundem judicem mittendum esse, *nisi si justam causam afferat, quare ad eum mitti non debeat, forte si eum judicem inimicum sibi esse contendat*. Et certe, ni specialis causæ allegationem ac probationem excipienti imponamus, idque secundum vulgatam regulam, qua excipiens quasi actor exceptionem probare debet, fateamur necesse est; impune ergo litiganti concessum fuisse, arbitratu suo calumniis judicem suspectum proscindere, causas fingere, & mendacia spargere sine pœnæ timore. Cui accedit, quod leges Romanæ passæ non fuerunt, in iis, quæ contumeliosa videbantur, quemquam cum discrimine alienæ existimationis vagari, sed designare & certum specialiter dicere jusserunt; quod uti de injuriis traditum in *l. prætor edixit* 7. *ff. de injuriis*, ita & ad suspicionem, adversus judices publice probatos haud temere ac velut in vago jactandam, merito ab interpretibus translatum est. Parum movet illud apud Ciceronem pro Cluentio, quod majores non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima voluerunt esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset; quodque in *l. si in judiciis* 80. *ff. h. t.* Pomponius meminit judicis ex *conventione litigantium addicti*. Civiliter enim ea verba intelligenda puto, quod scilicet invito nemini judex suspectus obtrudendus fuerit; dummodo justa allegaretur suspicionis causa; cum paria merito habentur, non esse, & non apparere, seu non probari suspectum. Eoque facit, quod ne in criminalibus quidem causis, ubi majus præjudicium vertitur, libera potestas competit reprobandi judices sortione lectos, sed tantum certum ex iis numerum, instituta deinde in remotum locum subsortitione: de quibus latius *tit. de publicis judiciis*.

44 Plures autem justæ suspicionis causæ sunt, veluti inimicitiæ inter judicem & actorem reumve, *d. l. si pariter* 9. *ff. de liberali causa*, arg. *l. non distinguemus* 32. §. *cum quidam* 14. *ff. de receptis qui arbitr. recep.* aut si lis similis judici cum alio intercedat, necdum decisa: in quantum vix est, ut non tale quisque jus tunc statuat in alterum, quale in se, suaque in causa, statutum optat, *cap. causam, quæ* 18. *extra, de judiciis, ibique DD.* Ant. Faber *Cod. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 2. *n.* 3. *in notis*. Idemque est, si ante delatum sibi judicandi munus patrocinium præstiterit actori reove eadem in lite, cum nec testis esse possit, *l. ult. ff. de testibus, leg. ult. C. de assessoribus*. Instructio Curiæ Brabant. *art.* 25. Non idem dicendum videtur, si non ipse judex, sed cognatus ejus alterutri litigantium administer in ea lite fuisse probetur, Papon *lib.* 7. *tit.* 9. *arrest.* 10. imo nec, si filius ejus neposve eadem obierit in lite advocati partes: neque enim usquam illa in jure justis annumerata invenitur suspicionis causis; neque etiam tantus cujusquam erga rem clientis sui affectus præsumendus est, ut illius in gratiam cum dispendio honoris sollicitare velit parentem judicem ad ea, quæ viro bono indigna sunt, & ejus religionem circumvenire; Merula *praxi lib.* 4. *tit.* 40. *cap.* 4. *n.* 16. Gratianus *discept. forens. cap.* 100. *n.* 24. Rambertus Goris *adversar. tract.* 5. *part.* 1. *cap.* 6. dissent. Maynardus *lib.* 1. *decis.* 91. Ant. Matthæus *de judiciis disput.* 7. *n.* 19. Neque nostri fori jure aliud statuendum est. Quamvis enim instructione Curiæ Supremæ *art.* 50. cautum inveniam, ne senatores litium istarum discussioni decisionique superstites sint, quæ vel dominos vel vasallos tangunt, quibus liberi aut fratres senatorum a publicis aut domesticis sunt ministeriis, (*Officieren of Huysdienaars*) quamvis etiam prohibitum fuerit instructione Curiæ Flandricæ *art.* 43. ne ei præparatorium litis conclusæ examen & relatio committatur, cujus filius aut gener, frater vel affinis alterutri litigantium in judicio patrocinium præstitit aut procurationem: non tamen hæc superiorem evertunt sententiam; cum arctius intercedat vinculum inter eos, quibus filius judicis ratione muneris collati aut ministerii domestici subjectus est, quam quibus ut clientibus nudum in judicio accommodavit advocati officium: majus etiam periculum immineat ab eo, qui referendo statum litis & allegata probataque, ceteros judicaturos insigni potest occupare præjudicio, quam quidem ab eo, qui cum pluribus aliis post relationem talem judicandi partes impleturus est. Qua ratione aliquando Senatui Pedemontano placuisse refert Ant. Faber *Cod. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 5. judicem ad privatum hospitium unis ex litigantibus ex itinere divertentem, hactenus quidem pro suspecto potuisse haberi, ut ex eo tempore neque instructio neque relatio litis ei demandari debuerit; judicandi tamen munere fungi idcirco non fuisse prohibendum.

45 Quid? quod urbani quoque judices ut suspecti recusari nequeant, si lis inter civitatem & civem, vel civitatem & peregrinum sit. Cum enim id, quod universitati debetur, singulis non debeatur, nec quod universitas debet, singuli debeant, *l. sicut* 7. §. 1. *ff. quod cujusque universit. nomine*, apparet, eos non in sua, sed prorsus aliena, publica nempe civitatis causa, judicare, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 126. Eodemque fundamento sancitum ab

Hol-

Hollandiæ Ordinibus 23. Maii anno 1607. supremæ curiæ senatores idoneos in causis Societatis Indicæ judices esse, nec se excusare, nec ut suspectos a Societatis adversario argui posse ex eo, quod vel ipsi vel propinqui eorum in aliquam venerint societatis istius partem: cum nec hic, quod societati debetur, singulis singulatim debitum sit, nec societatis negotia singuli, sed publica constituti auctoritate curatores tractent; nec denique societas ista, ut privata, sed magis ut universitas quædam publica, cui cum mercatoribus magistratus quoque delegati præsunt, consideranda sit, Resp. Juriscons. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *in appendice definitionum pag. mihi* 17. *in med.* Van Alphen *part.* 1. *in formulario cap.* 30. *circa fin.* Alioquin socium in causa, quæ ei cum actore reove communis est, judicem esse non posse, manifestum est, eo quod communis causa etiam propria est, arg. *l.* 1. §. *in propria* 11. *ff. quando appell. & intra quæ tempora.*

46 Suspectus tamen jure Romano antiquo fuit judex ille, quem pars altera nominatim petierat. Judicem enim a prætore per litigantes peti moris erat; certum etiam ac designatum judicem ab utroque litigantium simul peti, non fuit inhibitum, *l. si in judiciis* 80. *ff. h. t.* at ab uno litigante certum nominatim peti, iniqui credebantur exempli esse, nisi hoc specialiter a Principe, ad verecundiam petiti judicis recipiente, permitteretur, *l. observandum* 47. *ff. h. t.* Adde Jul. Polletum *de foro Romano lib.* 5. *cap.* 5. *in fine.* Nec dubitum, quin ut suspectus declinari possit, qui damnum ex ea lite metuit, lucrumve sperat, ne suæ rei judex sit, *l. Julianus* 17. *ff. h. t.* quive litigantium alterutri nimis propinquo sanguinis aut affinitatis vinculo conjunctus est: nam uti sibi, ita & suis, puta uxori, liberis, domesticis, jus dicere quisque prohibitus est; *l. qui jurisdictioni* 10. *ff. de jurisdict.* cautumque fuit lege Cornelia injuriarum, ne judicet, qui ei, qui agit, gener, socer, vitricus, privignus, sobrinusve est, propiusve eorum quemquam ex cognatione affinitateve attingit, *l. lex Cornelia* 5. *ff. de injuriis*, quod & Curiæ Hollandiæ placuisse anno 1586. 24. Februarii, notat compilator decisionum, *post resp. JCtor. Holland. part.* 3. *vol.* 1. *in appendice pag.* 7. *in fine.* Sed postea haud contenti Hollandiæ Ordines, remotione eorum, qui quarto sanguinis affinitatisve gradu sunt, ad sextum usque gradum prohibitionem produxerunt, sic ut & sexto in gradu positus a judicando abstinere jussus sit, nisi uterque litigantium pari sanguinis aut affinitatis gradu judici junctus sit; quo casu par affectionis ratio pellit præsumptionem fraudis, arg. *l. non solum* 67. §. 1. *ff. de ritu nuptiar.* observante id Groenewegio *ad l.* 10. *ff. de jurisdict.* & auctore *d. appendicis decisionum pag.* 30. Idemque cautum fuit Instructione Curiæ Flandricæ *art.* 6. Quin imo ad decimum usque gradum cognationis prohibitio extensa fuit, quoties judex successionem ab intestato sperat, dum nullus alius gradu propiore litiganti junctus invenitur, *decreto ordin. Holl.* 23. *Maii* 1602. Groenewegen ad *d. l.* 10. Van Alphen *in formulario part.* 1. *cap.* 30. Adhæc arctissime culta inter Judicem alterutrumque litigantium amicitia atque familiaritas suspicionis causam præbet, *cap. insinuante* 15. *extra, de offic. & potestate judicis deleg,* qualis censeri debet & ea, quæ ex convictu atque cohabitatione quotidiana inter commensales intercedere consuevit, Lambertus Goris *ad l.* 19. *ff. de offic. præsidis*, ad verba, *ne præsules provinciarum &c. n.* 6. Quamvis de cetero frivolis ineptisque suspicionum causis, quas subinde vel calumniose vel temere opponi contingit, haud indulgendum sit; cum potius credendum videatur illos qui ob singularem industriam & gravitatem, explorata jurataque fide obstricti, ad judicandi munus evecti sunt, non ita facile levibusque de causis a recto deviaturos justitiæ tramite, ac contra animi sui religionem sententiam dicturos. Cui consequens est, ut non repellatur judex ex eo solo, quod apud alterutrum forte litigantium invitatus cœnaverit pendente lite; quod conterraneus, quod spirituali cognatione junctus, quodve durus, aut severus, aut verbis acrioribus in alterutrum invectus; quod familiaris illius, qui litigantis inimicus est; quod litigans judicis, litem aliam foventis, advocatus aut procurator sit, aut emphyteusin ab eo, vel ædes fundumve conductum habeat, si de ipso rerum illarum usu controversia non sit; quæque sunt alia hujus generis plura, apud viros graves flocci facienda, Anton. Faber *Cod. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 1. 3. 4. 9. Lambertus Goris *d. loco*, Ant. Mattheus *de judiciis disput.* 7. *n.* 17. 18. Nec distinguendum puto ex jurisprudentiæ Romanæ principiis inter majores ac minores judices, quasi soli minores removendi forent, justa probata suspicionis causa, majoribus vero tantum esset adjungendus Episcopus; neque enim ea novellæ 86. cap. 2. sententia est; sed magis ibi quoddam in gratiam litigantium beneficium inductum fuit, ut scilicet additus judici suspecto Episcopus simul cum eo sententiam ferat, *ut non cogantur subjecti propter hujusmodi causas a propria patria recedere*, *d. nov.* 86. *cap.* 2. *&* 6. Si ergo ne sic quidem sibi securitatem satis partam arbitretur, qui judicem suspectum dixit, dum forte nec Episcopus, judici adjungendus, extra suspicionem est, prohibendus utique non fuerit alios adire aut a Principe petere non suspectos, jurique pro se introducto renunciare, arg. *d. cap.* 2. *&* 6. unde & *in novell.* 96. *cap.* 2. proposita licentia concessa *refutandi gloriosissimum judicem, & alium merendi*, apud quem conventionis pariter ac reconventionis lis exerceatur.

47 Quia vero nunc passim invaluit, non unum solum judicare, sed a toto collegio constitutorum publice judicum lites decidi, sic ut, non nisi præsente certo eorum numero, sententia lata valeat, veluti septenario in Curia suprema, ac Academico nostro consessu juridico, *Instruct. Curiæ supr. art.* 1. *Reglement op de Revisen van d' Universiteyt van Leyden anno* 1656. 6. *Octobris art.* 2. 3. quinario in Curia Ultrajectina ac Flandrica, *Instr. Cur. Ultraj. tit.* 1. *art.* 5. *Flandricæ art.* 28. alibi alio, pro vario fori cujusque usu vel lege; vix est, ut hodie adversus universum illud judicum collegium tanquam suspectum excipiatur; non magis, quam apud Romanos suspectum argui potuit totum centumvirale aut decemvirale judicium, aut totæ decuriæ, ex quibus pedaneos dari judices moris erat; sed ma-

gis singuli, in quos peculiaris cadere creditur suspicionis causa, judicis suspecti exceptione reprobandi sunt. Idemque est, si qui ad causam certam delegati suspicione laborent, Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 33. *n.* 2. 3. Christinæus *vol.* 2. *decis.* 148. *n.* 15. Responsa JCtor. Hollan. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 63. *n.* 12. atque tunc reliquos ejusdem judicii collegas de causis suspicionis judicare justum est; cum ipsi in eo definiendo nulla possint videri ratione suspecti: uti post Christinæum *vol.* 5. *dec.* 181. *in fine* tradit Groenewegen *ad l.* 16. *C. h. t.* usque adeo, ut, pluribus ejusdem tribunalis judicibus suspicionis insimulatis, non prohibeantur hi ipsi suspecti mutuas objectas in singulos suspicionis causas discutere, deque iis sententiam dicere quamdiu ipsi remoti non sunt, dummodo absit is, de quo removendo disceptatio instituitur: quia non eædem, sed diversæ in singulis plerumque sunt aut esse saltem possunt suspicandi causæ; &, si maxime eædem objiciantur, non tamen easdem singuli habent adversus objecta defensiones, Anton. Faber *Cod. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 2. Quo posito, vix est, ut assentiamur Groenewegio aliisque ab eo allegatis ad *d. l.* 16. *C. h. t. in fine*, existimantibus, eo casu, quo plures suspecti dicuntur, recusationis cognitionem ad judices superiores spectare, aut alios non suspectis collegis adjungendos esse, per quos definiatur, utrum adductæ suspicionis causæ ad remotionem sufficiant, nec ne. Vix quoque, ut juris Canonici probemus dispositionem, secundum quam arbitri compromisso partium, aut judicis ac partis, fuerunt eligendi; qui de suspicionis causa cognoscerent, *cap. cum speciali* 61. *extra, de appellation.* Quorsum enim ad arbitros remissio, ubi judex idoneus est, qui sua potest jurisdictione eam suspicionis litem componere ac definire? Si tamen non singuli judices, sed universum judicum collegium ea forte commiserit, quæ justissimum alteri litigantium metum incutiunt ac suspicionem generant, fore, ut contra, quam justitiæ ratio animique integri religio jubet, judicaturi sint, causam non video, cur non eo casu totum collegium judicum, expositis apud judicem superiorem Principemve causis, ut suspectum declinari posset. Vide Menochium *de arbitrar. jud. lib.* 2. *cent.* 5. *casu* 458. Boerium *dec.* 269. Gregorium Tholosanum *syntagm. juris civilis lib.* 49. *cap.* 3. *n.* 24. Zangerum *de except. part.* 2. *cap.* 4. *n.* 15. & *seqq.*

48 Opponenda autem judicis suspecti exceptio ante litem contestatam, *l. apertissimi* 16. *C. h. t. cap. inter monasterium* 20. *extra, de sentent. & de re judic.* nisi causa suspicionis per ignorantiam non supinam neque affectatam latuerit litigantem, ac lite demum pendente innotescat; cum ignorantia facti probabilis, etiam in prudentissimum quemque cadere valens, veniam mereatur, nec erranti nocere debeat, arg. *l.* 2. 6. 9. & *tot. tit. ff. de juris & facti ignorantia*, vel nisi demum post litem contestatam nascatur & emergat ratio suspicionis; dum forte alter ex litigantibus judicem ex asse vel ex parte scripsit hæredem, *l. Julianus* 17. *ff. h. t. cap. insinuante* 25. *extra, de offic. & potest. judic. deleg.* arg. *l. non distinguemus* 32. §. *cum quidam* 14. *ff. de receptis*, Ant. Faber *C. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 7. Ant. Matthæus *de judic. disp.* 7. *n.* 14. Zangerus *de exception. part.* 2. *cap.* 4. *n.* 5.

49 Officium judicis est, lites dirimere, audita utraque parte, aditis illis, quorum interest, omnibusque observatis, quæ vel nobilis vel mercenarii officii ratio exigit. Mercenarium *DD.* appellant, quod actioni propositæ inhæret, & subservit, ac in cognitione usque ad sententiam præcipue consistit; quod officii genus ad antiquam judicum pedaneorum notionem proxime accedit. Nobile, quod nudæ notionis terminos egreditur, quo potissimum pertinent ea, quæ ad jurisdictionem & jus dicentis officium a Romanis legibus reducuntur, quorumque intuitu latissimum dicebatur esse jus dicentis officium in *l.* 1. *ff. de jurisdict.* Utrumque regulariter judex demum rogatus impertitur, arg. *l. dies* 4. §. *hoc autem* 8. *ff. de damno infecto*, quandoque tamen & non rogatus; sed frequentius in iis, quæ nobili, quam quæ mercenario officio adscribi solent. Etenim nobilis officii vi etiam sponte ea expedit, quæ ad publicam respiciunt utilitatem; in sceleratos inquirit, provinciam malis purgat hominibus; tutores fama publica fraudis insimulatos sine accusatione a tutela repellit, si ipsi ex apertissimis liqueat rerum argumentis, eos suspectos esse, quæque id genus alia plura sunt, *l. tutor* 3. §. *præterea* 4. *ff. de suspect. tut. l. congruit* 13. *ff. de off. præsidis.* Mercenarii officii intuitu judex non interpellatus concedere aut exigere aut jubere potest ea omnia, quæ in sua ipsius persona præcipue radicem agunt; veluti repudiare libellum male conceptum, exigere a litigantibus jusjurandum calumniæ, pronunciare de non petitis, quæ post litem cœptam emergunt, Lambertus Goris ad *l.* 19. *ff. de officio præsidis*, ad verba, *ut in adeundo quidem*, *n.* 6. 7. 8. Gotfredus *in not. ad d. l.* 4. §. 8. *ff. de damno infecto*, Socinus *Regul. Juris* 245. Perens p. mem. Paulus Voet *ad princip. Instit. de offic. judicis n.* 3. Ceterum ea, quæ sui origine a litigantibus procedunt, nullo modo ab eo non interpellato fieri possunt; adeoque nec exceptionum non oppositarum, nec testium non productorum ratio habenda in sententiis ferendis: nisi quod in causis criminalibus hodierno jure incumbit judicibus sic instituere testium examina, ut non modo inquirant in criminis qualitates & circumstantias reum gravantes, sed & in eas, quæ ad ejus innocentiam comprobandam videri possunt pertinere; sive rei præsentes ac carceri mancipati sint, sive absentes profugique, *Ordonnant. op de styl van Procederen in criminale saken van Kon. Philip.* 7. *Julii* 1570. *artic.* 57. His consequens est, judicem ea, quæ facti sunt, supplere non posse, si a partibus non allegentur, nisi notoria prorsus sint ex instrumentis illis, quæ probationis ergo in judicio prolata sunt: ne alioquin supplendo ea, quæ dubii facti sunt, non tam judicis quam advocati partibus videatur fungi, & patrocinari potius quam judicare, Ant. Faber *Cod. lib.* 2. *tit.* 7. *defin.* 1. Perezius *ad tit. Cod. ut, quæ desunt advoc. partium, jud. suppleat.* Aulus Gellius *Noct. Attic. lib.* 14. *cap.* 2. Si tamen omissa causam relinquant obscuriorem, ac difficiliorem ejus determinationem, potest judex per sententiam interlocutoriam monere litigantes, ut plenius instruant litem

tem pendentem; nec est, quod eapropter quisquam eos habuerit jure suspectos, Busius *de offic. judic. cap. n.* 34. *& seqq.* Quod si a partibus eorumve patronis prætermissa fuerint quæ juris sunt, recte ea judex suppleverit; utpote quæ apud judicem allegari solita, tamen & non allegata oportet ei nota esse, sic ut & jurium certorum, utut non allegatorum, rationem habere in judicando teneatur, *tit. C. ut quæ desunt advocatis partium judex suppleat*; ibique DD. Neostadius *Curiæ Holl. dec.* 1. *vers. de gedaagde*. Qua ratione nihil vetat, quo minus judex consuetudinem quoque, quanquam non allegatam, in lite finienda sequatur, si modo inveterato usu jus tale inductam constet, arg. *pr. Instit. de offic. judic. l.* 1. *l.* 3. *C. quæ sit longa consuetudo*, Lambert. Goris *adversar. tract.* 3. *part.* 1. *cap.* 12. *n.* 25. Vel etiam ex causis justis suspectum habeat instrumentum exhibitum, etsi adversarius nullam ei opposuerit instrumenti suspecti exceptionem, Neostadius *sup. Cur. dec.* 66. *vers. in quo*. Appellationem quoque declaret desertam, parte licet adversa nec allegante nec petente, in quantum, appellatione deserta, confirmata est ipso jure judicis inferioris sententia, quæ per desertam appellationem non ultra potest suspensa dici, *Clementina si appellationem* 6. *de appellationib.* Mynsingerus *cent.* 2. *observ.* 39. Sed & exceptionum, quæ meri juris sunt, neglectarum perinde judex rationem habere debet, ac si a parte objectæ essent; si modo ita facta in judicio commemorata fuerint, vel instrumenta talia producta, ut ex iis exceptiones sponte resultent, Parladorius *rer. quotidianar. lib.* 2. *cap.* 10. *n.* 8. 9. 10. Ant. Faber *Cod. lib.* 2. *tit.* 7. *defin.* 2. Cancerius *variar. resolut. part.* 1. *cap.* 18. *n.* 20. 21. 22. 23. Zangerus *de exceptionibus part.* 3. *cap. ult. n.* 15. *& seqq.* Quid enim, si ex allegatis constet, filiumfamilias fuisse testatorem, ex cujus testamento actio movetur? certe cum juris manifesti sit, invalidum præcipue testamentum esse, si is, qui testamentum fecit, caruerit testamenti factione, *l. si quæramus* 4. *ff. qui testam. facere possunt*, iniquus plane judex fuerit, si sciens ista, actori adjudicaverit, quæ nullo fuerant jure petita, Ant. Faber *C. d. lib.* 2. *tit.* 7. *defin.* 2. Idemque juris est, si non fuerit a reo convento objecta actori agenti præscriptio actionis, qua convenitur, quoties ex allegatis indubium est, elapsa esse tempora actioni tali movendæ præfinita, Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 46. *n.* 7. Zangerus *de exceptioni part.* 3. *cap. ult. n.* 20. Mynsingerus *centur.* 3. *observ.* 28. Christinæus *ad l. Mechliniens. tit.* 10. *art.* 9. *n.* 6. Joh. a Sande *dec. Frisic. lib.* 1. *tit.* 7. *defin.* 3. Carpzovius *definit. forens. part.* 1. *constit.* 25. *defin.* 1. 2. 3. nec aliud statuendum in exceptione divisionis, quæ & ipsa meri juris est, ab Hadriano concessa, adeoque satis sub appellatione & persona fidejussoris in judicium deducitur; hoc scilicet ipso ei competens, quod fidejussor est, ut ait Vinnius *quæst. select. lib.* 2. *cap.* 40. *post med.* quoties creditor non probat, absentem aut inopem esse confidejussorem, Ant. Faber *C. lib.* 8. *tit.* 28. *defin.* 35. Neque rationem animadverto, cur aliud dicendum foret de ordinis seu excussionis exceptione, quoties ex instrumento fidejussionis, ex quo creditor agit, simplex fidejussio sine ulla beneficiorum renunciatione interposita deprehenditur, nec actoris reive conditio aut ipsius debiti natura hoc beneficium de jure excludit. Si enim exceptionum illarum, quæ insunt actioni; (veluti, quæ nascuntur ex pacto contractui in continenti adjecto) ratio habenda sit in judicando, licet objectæ non sint, uti id frequentiori interpretum calculo comprobatum esse, docet Cancerius *var. resolut. part.* 1. *cap.* 18. *n.* 22. habenda quoque est ratio exceptionis ordinis, quippe quæ post inductum hoc beneficium perinde fidejussioni inest ex juris dispositione, ac si pacto expresso id actum esset, ne fidejussor ante principalem excuteretur. Sane si fidejussionem non ex scriptura, sed vel testium depositione, vel ex confessione ipsius fidejussoris, in judicio probatam concipiamus, vix est, ut tunc judex jure jubeat, prius principalem excuti, ordinis beneficio per reum non allegato; eo quod tunc non adeo ex probationibus adductis judex certus esse potest, beneficio isti non fuisse renunciatum; dum non omnes rei gestæ circumstantias rogati testes, reive in jus vocati, sua vel confessione complecti solent vel depositione. Ac de hoc casu accipiendos puto interpretes, quibus placuit, hujus exceptionis omissionem haud posse judicantium officio suppleri, inter quos est Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 27. *n.* 2. 3. 4. 5. Gayl. Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 28. *defin.* 35. *n.* 8. *& seqq.* Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 7. *defin.* 2. Quidquid fuerit, minore saltem præjudicio hanc nostram premit sententiam, quod ab Ant. Fabro d. loco adducitur, fidejussorem forte, si præsens in judicio foret, nolle tali beneficio juvari, quin & consulto potuisse prætermittere; ut citius a litis molestia sumtuque prolixiore liberetur. Esto enim, quod ea forte fuerit fidejussoris conventi sententia; quia tamen ea hactenus judici ignota est, notum autem, talem fidejussori exceptionem competere de jure, incerta illa fidejussoris mens atque intentio, quæ facti est, non impedit, quominus interim suppleat judex ea, quæ juris sunt, donec reus manifestaverit, se isto nolle beneficio uti. Nam & in aliis omnibus, quæ tanquam meri juris, a judice suppleri posse & debere inter omnes constat, idem evenire potest, ut reus consulto jurium prætermiserit allegationes, aut consuetudinis indubiæ mentionem, dum causam suo donare vult adversario, atque ita pugnare, tanquam qui victoriam referre reformidat neque tamen ideo vel leges interpretes judici denegarunt in hisce potestatem supplendi ea, quæ advocatis partium videbantur deesse. Alia de supplendis aut non supplendis iis, quæ desunt partibus, vide a me tractata in *tit. de edendo n.* 13.

30 De cetero necesse est, ut judex caveat, ne per minorem causam majori cognitioni præjudicium fiat, cum major quæstio causa minorem ad se trahat, *l. per minorem* 54. *ff. h. t.* Vide Rævardum *de præjudiciis lib.* 1. *cap.* 7. Sed & in judicando rationem habeat allegatorum probatorumque, ac secundum ea sententiam ferat, *l. illicitas* 6. *§. veritas* 1. *ff. de offic. præsidis*, simul tamen secundum conscientiam; quæ si allegatis probatisque contraria sit vetus jam

o-

olim, teste Gellio *Noct. Attic. lib.* 14. *cap.* 2. disputatio fuit, oporteatne secundum ea, quæ comperta habet, an secundum ea, quæ aguntur, judicare. Etenim improbus utique fuerit, si secundum allegata judicans, absolveret eum, quem sciebat nocentem aut debitorem esse, vel condemnaret, quem insontem esse, nihilve adversario debere, privatim certus est. Contra quoque iniquus ac legum, juxta probata judicari volentium, contemptor dicendus, si, spretis allegatis probatisque, sequeretur in lite definienda propriam scientiam; nec dubium, quin ita ingens porta malitiis aperienda foret, dum aliquando, quo magis selecti judicis arca patet, eo magis a simulatis Curiis, Catonibus, Aristidibus, conscientiæ venalis obtentu plus licitantibus lis addiceretur. Non aliud proinde in tali allegatorum ac scientiæ privatæ pugna superest, quam, ut deponat judicis officium, jurato asserens, sibi de causa non liquere, ac veritatis detegendæ gratia testis partes assumat, arg. *l. Pomponius* 36. *ff. de re judicat. l. omnes* 12. §. 1. *C. h. t.* Gellius sane, cum judex a prætore datus, debitum certo confideret, quod tamen debitum haud probabatur, judicatu illo solutum se fuisse commemorat, jurando, sibi non liquere, *lib.* 14. *cap.* 2. *in fine*. Confer Covarruviam *var. resol. lib.* 1. *cap.* 1. Busium *de offic. judiciis cap.* 4. *n.* 39. *& seqq.* Corasium *miscell. lib.* 4. *cap.* 20. Bronchorst. *enant. cent.* 1. *assert.* 14.

51. Nec minus secundum id, quod legibus, & moribus, & constitutionibus est proditum, ac secundum omnem æquitatem judices judicare fas est: neque enim ei, qui judicandi munere fungitur, quodcunque libuerit, licet in causa litigiosa statuere, nec suo definire arbitratu cerebrino, sed legem, æquitatem, religionem simul in consilium adhibere convenit ac sequi, *pr. Instit. de offic. judic. novell.* 8. *in fine*; quapropter & olim judices, antequam judicarent, in leges jurabant; de qua jurandi solemnitate vide Rævardum 5. *varior. cap.* 8. Nec est, quod distinctio adhibeatur inter judices majores minoresque; quam licet præ se ferat *auth. hodie C. h. t.* refellitur tamen ex *d. novell.* 8. *cap.* 12. *in fine*, *& cap. ult. in fine*, *novell.* 24. *cap.* 2. *& novell.* 82. *cap.* 13. in quantum omnibus, etiam summis judicibus, præcipitur ex legum dictamine judicia proferre. Etsi inficias haud sit eundum, quin æquitatem stricto juri teneantur in judicando præferre. Qua de quæstione latius actum *tit. de justitia & jure n.* 6. Quia vero regionum, civitatum, vicorum varia, imo contraria sæpe jura sunt, observandum est, quantum quidem ad ordinem judicii formamque attinet, judicem nullius alterius, sed sui tantum fori leges sequi: sed in litis ipsius definitione, si de solemnibus contractus, testamenti vel negotii alterius quæstio sit, validum pronunciare debet ac solemne negotium, quoties adhibita invenit solemnia loci, in quo illud gestum est, licet aliæ, aut majores in loco judicii ad talem actum solemnitatis requisitæ essent. Si de successionum jure, secundum leges loci, in quo res unaquæque sita est, aut esse fingitur: convenienter generalibus juris fundamentis in materia statutorum a me adstructis in *tit. de constitut. principum*. Adde Joh. a Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 12. *defin.* 5. *in med.* Lamb. Goris *advers. tract.* 1. *cap.* 6. *n.* 2. Mynsingerum *cent.* 4. *observ.* 82. Ant. Fabrum *C. lib.* 5. *tit.* 1. *defin.* 22. Paulum Voet *de statutis sect.* 10. *nu.* 6. *nader provisioneel accoord tusschen Holland en Zeeland.* 11. *Junii* 1674. *art.* 30 Sed & necesse, ut in causarum definitionibus rationem habeant legum illarum, quæ negotii gesti tempore latæ erant, non vero earum, quæ postea demum fuerunt conditæ; eo quod leges futuris solent formam dare negotiis, nec ad præterita trahi, nisi id nominatim cautum sit, ut dictum *tit. de legibus n.* 17. Quin imo, si lite secundum legem antiquam definita ac appellatione interposita, legem deinde novam pendente appellatione promulgare contigerit, quam legislator ad præteritos quoque casus jussit trahi, ne tum quidem appellationis judex secundum novum, at omnino juxta veteris juris præscriptum judicare obstrictus est: neque enim aliæ judicis, ad quem provocatum, partes sunt, quam ut examinet definiatque, utrum inferior judex recte in perperam sententia sua motæ se controversiæ finem fecerit, & si perperam judicatum animadvertat, statuat id, quod in prima instantia fuisset statuendum, *novell.* 115. *cap.* 1. Zoesius *ad Pand. tit. de legibus n.* 45. *in fine*, Gudelinus *de jure noviss. lib.* 5. *c.* versu 2. *prædudictæ in med.* Paulus Voet *de statutis sect.* 8. *c.* 1. *n.* 2. *p.* 289. 290.

52 Superioribus, quod nempe secundum leges judicandum sit, consequens est, nullum in judiciis admittendum esse *casum pro amico*, ut dici solet, quasi in causis dubiis admodum ac ancipitibus potestas judici esset adjudicandi litem ei ex collitigantibus, qui amicitiæ vinculo judicem contingit. Contra etenim, si quid ambigui occurrere contingat, vel jusjurandum a judice litigantium alterutri tunc deferendum erit, *l. admonendi* 31. *ff. de jurejurando*. Vel reorum, vel libertatis, vel dotis, vel causæ alterius cujuscunque favor, legibus inductus ac probatus, aliæque circumstantiæ potiorem facient ac victorem alterutrum litigantium, *l. inter pares* 38. *pr. & §.* 1. *ff. de judic. l. ambiguis* 70. *ff. de jure dot. l. semper in obscuris* 9. *ff. de reg. juris*. Adde plura de non admittendis casibus *pro amico*, tradita, in *de Batavische Arcadia in notis, pag. mihi* 810. *& seqq.*

53 Ne autem lites immortales essent, dum litigantes mortales sunt, Romanis placuit certa legibus præfinire tempora, intra quæ lites judiciali finirentur determinatione. Etenim criminalibus quidem causis finiendis anni spatium ante Justiniani tempora fuisse præstitutum, patet ex *l.* 1. 2. *C. Theodos. ut intra annum crimin. quæst. terminetur*, *l. reus* 7. *ff. de muner. & honor.* cujus contrarium non recte evincitur ex *l. in Senatusconsultum* 15. *§. qui post* 5. *ff. ad Senatusc. Turpillian.* quippe quam interpolatam fuisse a Triboniano in verbis *vel biennio*, a Viris doctis jam observatum, Gothofred. *ad d. l.* 15. §. 5. Wissenbach *ad l.* 13. *C. h. t. in pr.* Civilibus olim nullum temporis spatium invenitur propositum, non certe anni, neque triennii, uti perperam censuere Raguellus, atque Rævardus 4. *varior. cap.* 14. ille quidem in errorem inductus per versum Juvenalis non recte intellectum; hic vero, cor-

corrupto Sidonii Apollinaris loco, in quo triennium pro tricennio positum fuisse, sequentia ejusdem auctoris verba satis evincunt, observante hæc Wissenbachio *ad d. l.* 13. §. 1. *C. h. t.* Sed Justinianus novissime litibus finiendis præscripsit biennium in criminalibus, in civilibus triennium a lite contestata, *l. ult. C. ut intra cert. temp. crimin. quæstio terminetur*, *l. properandum* 13. §. *censemus* 1. *C. h. t.* coercendis majoribus minoribusve judicibus, auctoribus, reis, causarum patronis, procuratoribus, tutoribus, curatoribus, per quos steterit, quo minus intra tempus legitimum lis decucurrerit, *d. l.* 13. *passim C. h. t.* de quibus vide latius Ant. Matthæum *de judiciis disp.* 5. *n.* 19. *& seqq.* Wissemb. & Brunnemannum *in Cod. ad. d. l.* 13. Ratio diversitatis inter civilia & criminalia judicia est, quod brevius tempus desideret gravis miserque reorum, quin & accusatorum status, qui non est sine squallore, & lucta; dum & custodiæ similitudinem subit uterque, & vel reo convicto, vel accusatori calumnianti ex inscriptione supplicium par imminet, *l. ult. C. de accusation.* atque adeo utrumque tristis urget pœnæ expectatio, quæ ipsa sæpe pœna molestior est; urget carceris horror squallorque, cui eos vel festinata absolutione vel veloci supplicio subduci, rationis erat, ne carcer ad puniendos magis, quam ad continendos homines videretur adinventus, *l. de his* 5. *C. de custod. reorum*, junct. *l. aut damnum* 8. §. *solent* 9. *ff. de pœnis*, cui accedit, quod obscuriores sæpe sunt causæ civiles, aut certe intricatiores, magisque involutæ, quam ut tam brevi possent extricari; maxime si in familiæ erciscundæ, vel tutelæ judicio, aliisque similibus generalibus versemur, Cujacius *lib.* 17. *observ.* 23. Nec moribus nostris ab illo biennio, causis criminalibus terminandis præfinito, recessum est; usque adeo, ut & cautum inveniatur, rarissime, ac non nisi in causis maxime arduis, litem criminalem in biennium trahendam esse, ne rei tædio carceris & squallore nimis premantur, *Ordonnantie op de crimmele justitie* 5. *Julii* 1570. *art.* 30. *&* 31. *vol.* 2. *placitor. Holland. pag.* 1021. *& ordonn. op de styl van procederem in criminele saken* 9. *Julii* 1570. *art.* 71. *d. vol.* 2. *p.* 1060.

54 Remanserunt tamen ex jurium anteriorum dispositione causæ quædam, quas vel publica utilitas, vel personarum quarumdam favor, effecit tempore breviori terminari, nec d. legis 13. sanctioni subjacere; sic enim ipsa illa lex in §. 1. causas fiscales, & eas, quæ ad publicas pertinent functiones, excepit; quarum illæ quidem intra sex menses fuerunt absolvendæ, *l. ult. C. de jure fisci*, hæ vero intra tres, *l. generali* 44. *C. de decurion.* adhæc causæ excusationum a tutela intra menses quatuor a nominatione, *l. quinquaginta* 58. *ff. de excusat. tut.* naufragiorum ac naufragorum lites anno, si levato velo cognosceretur; biennio, si ordinario jure, *l. si quis navicularius* 2. *l. de submersis* 3. *C. de naufragiis*, denique jure novissimo crimina adversus clericos intentata bimestri spatio; ne, ut Justinianus ait, propter hujusmodi causas sacris amoveantur obsequiis, &, cum oporteat Deum placari, & decentia sacerdotibus agi, auditoriis detineantur, & litigantium tumultu turbisque, *novell.* 83. *in præfat. & cap.* 1.

55 Ne autem triennii hujus lapsus totam causam perimat, an vero solam litis instantiam, dubium est. Multis placere video, solam litis instantiam triennio perimi; causam ipsam in judicium deductam totis quadraginta annis durare, *ex l. ult. C. de præscript.* 30. *vel quadrag. annor.* quod tamen alii in civilibus tantum admittunt; in criminalibus biennii lapsu interveniente, nullo prorsus modo litem eam, tanquam intermortuam, resuscitari patiuntur, Cujacius *lib.* 9. *observ.* 22. *in fine*, Mynsingerus *cent.* 3. *observ.* 50. Ant. Matthæus *de judiciis disput.* 5. *n.* 34. *in fine*, Brunnemannus *ad d. l.* 13. *C. h. t. in pr.* Mihi contra nihil certius videtur, quam quod ea Justiniani fuit sententia, totam causam perimi, post lapsum triennii nullatenus de novo movendam. Cum enim antea actiones perpetuæ redderentur per litis contestationem, nullo temporis quanticumque spatio deinde intermoriturae; licet ante litem contestatam fuissent tantum temporales, *l. ult. in fine ff. de fidejuss. & nominat. & hæred. tut. l. omnes actiones* 159. *ff. de reg. juris*, *l. nam postquam* 9. §. *si is* 3. *ff. de jurejurando*. Justinianus primo quidem aliquam huic malo, litium nempe perennitati, medelam adhibuit, ut, quæ actiones olim ex litis contestatione efficiebantur perpetuæ, deinceps annorum quadraginta spatio a novissimis actis computando extinguerentur, reprobata illorum sententia, quibus persuasum erat, actiones in judicium deductas æque annorum triginta curriculis præscribi, ac si non fuissent intentatæ, *l. ult. C. de præscrip.* 30. *vel* 40. *annor.* Tandem vero, cum secundum illam *l. ult.* evenire posset, ut actiones totis septuaginta viverent annis, actore actionem brevi ante impletam tricennalem præscriptionem in judicium deducente, ac dein lite contestata quiescente, eamque quadragenariam ex eo tempore efficiente; illud in posterum prospiciendum putavit, *ne lites pene fierent immortales & vitæ hominum modum excederent*, ideoque cum jam ante constitutione ad Mennam præfectum prætorio data, *criminales causas biennio conclusisset*, sancivit, *civiles causas non ultra triennii metas post litem contestatam esse protrahendas*, ut habet *d. l.* 13. *in pr. &* §. 1. *C. h. t.* quem sane scopum finemque haudquaquam dici posset assecutus, si non lapso triennio lis ipsa finem accepisset. Nec obscure hanc suam mentem Justinianus exponit in *d. l.* 13. §. *hujusmodi* 5. *C. h. t.* dum ait, *hujusmodi autem sententia prope finem triennii proferatur, pro quo & præsentem legem induximus; si enim in anteriori tempore (in quo larga superest temporis dilatio, & spes absenti relicta fuerit revertendi) alterutra pars cessaverit, in sola expensarum datione, & absolutione forsitan præstetur pœnalis sententia; non autem tunc mors litis & condemnatio in absentem introducatur; quæ in his tantummodo casibus accidunt, in quibus triennii effluentis imminet formido.* Similiter in §. *ult. d. l.* 13. dum minores pupillosque, lite intra triennium per desidiam tutorum non terminata, *causa cecidisse* ait, litisque interitum, non obstante minorennitate, manere firmum, quod indigitat, dum ait, *hi-*

litem (scilicet jam triennii lapsu finitam) *nihilominus suum habere vigorem, omnem autem jacturam, quæ ex hac causa oritur, ad tutores curatores &c. redundare*; nisi pupillis vel minoribus non sufficeret eorum substantia ad indemnitatem: *tunc enim in id, in quo fuerint detrimentum perpessi, in integrum restitutionis auxilium iis superesse voluit*. Causa ergo ceciderunt minores, non nisi in subsidium favore minoris ætatis per restitutionem revictura. *Causa* enim *cadere*, nihil aliud est, quam, *rem amittere*, interprete ipso Justiniano *in §. si quis agens* 33. *in pr. Instit. de action.* eodem modo, quo & antea ex constitutione Honorii ac Theodosii, non definitis intra biennium naufragii quæstionibus, navicularius quidem reus propter *vitium judicis* litem non terminantis pro *absoluto* habebatur; sed rerum submersarum æstimationem judex & officium ejus cogebantur inferre, *l. de submersis* 5. *C. de naufragiis*. Nec hisce adversatur, quod in *d. l.* 13. *§. & si quidem* 2. *C. h. t.* jubetur judex, absente per contumaciam actore, *acta apud se confecta inspicere, & si quidem nihil sufficiens actitatum est; ex quo posset termino causæ certa fieri conjectura, fugientem ab observatione judicii relaxare*. Perinde enim est, ac si Imperator dixisset, nullis apparentibus actoris absentis allegatis probatisque, etiam pleniorem a judice instituti non debere causæ cognitionem, sed simpliciter reum a judicio & petitione actoris liberandum esse; juxta illud vulgatum, quod actore non probante reus absolvendus sit. Quibus omnibus circa sententiam *d. legis* 13. ita firmatis explicatisque, consequens est, ut dicamus, abrogatam esse dispositionem *legis ult. C. de præscript.* 30. *vel quadrag. annorum*, per nostram legem 13. quatenus illa lites quadragenales faciebat post litem contestatam. Etsi enim *d. l. ult.* careat die & consule, eam tamen ante nostram *l.* 13. fuisse conditam, inde recte collegeris, quod *lex ult.* ad Demosthenem præfectum prætorio data est, lex vero 13. *C. h. t.* ad Julianum præfectum prætorio, Demosthene posteriorem, Lampadio scilicet & Oreste consulibus; cum constitutiones aliæ ad Demosthenem datæ cum consulis & diei additamento, Decio consule inveniantur datæ; ut patet ex subscriptione *legis ult. C. de assessoribus*, & collatione inscriptionum subscriptionumque, quas habent *l.* 50. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. *C. de inoffic. testamento*, ex quibus leges 50. 51. 52. 53. ad Mennam vel Demosthenem directæ, Justiniano alterum consule, aut consule Decio; contra vero *l.* 54. & sequentes ad Johannem aut Julianum præfectos prætorio, Lampadio & Oreste consulibus, vel post consulatum Lampadii & Orestis anno primo, aut anno secundo: quæ similiter confirmantur ex collatis inscriptionibus & subscriptionibus, quæ sunt in *l.* 53. 54. *& ll. seqq. C. de donation.* uti & in *l.* 10. *& seqq. C. de liberis naturalibus*. Omnem denique dubitandi rationem, an posterior sit *l.* 13. *C. h. t.* quam *d. l. ult. C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* tollit, quod Justinianus in *l.* 1. *§.* 1. *C. de annali except.* laudet suam constitutionem, qua actiones, in judicium deductas, annis quadraginta durare sanciverat, ac ex illius legis primæ subscriptione appareat, eam emissam fuisse XV. Calend. April. Lampadio & Oreste Consulibus; cum ex adverso *lex* 13. *C. h. t.* data sit VI. Calend. April. Lampadio & Oreste Consulibus, adeoque novem diebus post d. legem primam, quæ tamen jam mentionem habebat *d. legis ult. C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.*

56 Neque ab hoc jure civili recessit jus Pontificium, cum & ibi illa triennii exceptio inveniatur proposita; licet in casu speciali ob id rejecta, quod lis per subterfugia adversariorum & cavillationes fuerat ad triennium prorogata, *cap. venerabilis pen. extra de judiciis*. Nostris vero ac multorum aliorum moribus non ultra tempus illud in finiendis litibus observatur, Brunnemannus *ad l.* 13. *pr. & §.* 1. *C. h. t.* licet anni lapsu a novissimis actis apud nos instantiam litis perimi, sed restitutionis auxilio facile redintegrandam, jam supra *h. t.* monitum sit. Ambages interim litium morasque quantum fieri potest industria curaque judicum impediendas esse, vetus monitum est: uti ex opposito vetusta quoque de iis de industria tractis ac protelatis, deque rebus longo sufflamine litis attritis querela, tum per turpes causidicorum artes, tum per nimiam judicantium segnitiem, aut remissionem, Juvenalem vide, jam tum sui seculi mores carpentem, *Satyra* 16. *versu* 35. *& seqq.*

..... Convallem ruris aviti
Improbus, aut campum mihi si vicinus ademit,
Et sacrum effodit medio de limine saxum,
Quod mea cum patulo coluit puls annua libo:
Debitor aut sumtos pergit non reddere nummos
Vana supervacui dicens chirographa ligni:
Expectandus erit qui lites inchoet annus
Totius populi, sed tunc quoque mille ferenda
Tædia, mille moræ; toties subsellia tantum
Sternuntur, jam facundo ponente lacerna?
Cædicio, & fusco jam micturiente, parati
Digredimur, lentaque fori pugnamus arena.

Quibus adde de tollenda eadem apud nos litium diuturnitate egregia *in de Batavische Arcadia, cum notis, pag. mihi* 575. *& mult. seqq.*

Hinc &, si judicum negligentia lites jam plene ventilatæ diutius & quasi de industria indecisæ remaneant, petente alterutro litigantium, post repetitam superioris judicis admonitionem, ut inferior liti finem sententia sua imponat, lites ad superiorem judicem evocari, terminandas ab eo supra monui. Præsertim vero peregrinis hominibus expeditissima via jus dicendum est, ne cum dispendio cogantur diutius abesse a re familiari, arg. *l.* 2. *& 5. C. de naufragiis*, Perezius *in Cod. d. tit. n.* 9. Brunnemannus *ad d. l.* 5. *Cod.* D. Noodt *de jurisdict. lib.* 1. *cap.* 10. *in fine*, quod ipsum plenius ex peculiari fori cujusque praxi hauriendum. Quemadmodum & illud, quonam tempore judicandum sit, in quantum alibi non nisi oriente sole, adeoque matutino tempore, alibi etiam sole jam declinante, judicare licuit, quod pluribus excussum vide apud Ant. Matthæum *de action. lib.* 1. *cap.* 9. *n.* 12. Romanis placuit, omni quidem hora lucis cognosci judicarique posse, at non de nocte; imo matutinis horis co-

cognitionem instituí, post meridiem litem sententia finiri debuisse, jam olim dictaverat lex 12. tabularum, his verbis; *ante meridiem causam coniciunto, quam perorant ambo præsentes, post meridiem præsenti litem addicito, sol occasus suprema tempestas esto*, teste Gellio *Noct. Attic. lib.* 17. *cap.* 2. *in med.*

57 Reliqua quod attinet judicum officia, in quantum illos, qui de rebus dubiis consultant, teste Julio Cæsare (*apud Salust. de bello Catilin. cap.* 61.) ab odio, amicitia, ira, atque misericordia, addam & avaritia, vacuos esse decet; dum haud facile animus verum providet, ubi illa officiunt, quæ & Jurisconsultus iis tantopere commendata censuit in *l. plebiscito* 18. *l.* 19. *de officio præsidis*, consulto prætereo; cum ista plenius oratione publica *officio judicis* sim executus.

58 Quod si male judex judicaverit; si quidem dolo, ex gratia vel odio, infamis est, & ei, quem sua læsit sententia, veram præstare tenetur litis æstimationem; ex vero quippe delicto jam obligatus, *l. filiusfamilias* 15. §. 1. *ff. h. t. l. ult. Cod. de pœna judic. qui male judicavit*, imo si pretio corruptus per sordes judicasset, lex duodecim tabularum perfidiam judicis talis, contra omnia jura divina & humana jusjurandum suum pecunia vendentis, capite puniri jussit, Gellius *Noct. Attic. lib.* 20. *cap.* 1. Justinianus vero convicto in causis civilibus dignitatis amissionem, & dati triplum, promissi duplum, imposuit; in criminalibus exilium ac bonorum publicationem, data litiganti, qui dedit, sed ipse detexit, venia delicti, ac salva ei actione, cujus amissione Antonini constitutio eum mulctaverat, *l.* 1. & *auth. novo jure Cod. de pœna judicis qui male judicav. novell.* 124. *cap. si quis autem* 2. Sed si sine dolo, sola imprudentia, perperam sententiam ab eo dictam appareat, non nisi ex quasi delicto tenetur, quanti religioni judicantis æquum videbitur pœnam subiturus, *pr. Instit. de obligat. quæ quasi ex delict.* ut tamen imprudentia assessoris, qua aliter jus dictum fuit, quam dici oportuit, non magistratui officere debeat, sed ipsi assessori, *l. hoc edicto* 2. *ff. quod quisque juris in alter. statuerit*, quod & tunc obtinet, cum dolo assessoris per sordes jus male judicanti suggestum est. Nec immerito Romanis assessoribus eos assimilaveris causarum patronos, a quibus hodierni judices litis pendentis dirimendæ gratia responsum petierunt; etsi enim a responsis eorum recedere, judici haud videatur inhibitum, (vide Berlichium *concl. part.* 1. *conclus.* 59. *n.* 26. & *seqq.*) tamen quia extra dolum est, si illud sequatur, dum ipsius religio responso doloso circumventa est a consultoribus, æquum est, ut non judici, sed magis ipsis malignum noceat consilium, atque ita ex proverbio consultoribus ipsis pessimum sit, arg. *l. consilii* 47. *ff. de regul. juris*. Nostris vero ac multorum aliorum moribus rarius est, ut judex male judicando litem suam faciat: eo quod ex sola imperitia aut imprudentia eum non teneri, tralatitium est; sed demum ex dolo, qui difficilis plerumque probationis est: male namque ageretur cum judicibus, præsertim inferioribus, juris imperitis, si in tam diffusa juris & praxeos scientia, in tanta opinionum varietate, tantaque causarum moram non ferentium ac obruentium multitudine, ipsi singularum litium periculo tenerentur obnoxii, quoties ipsorum iniqua sententia non a dolo, sed errore, imperitia, vel imprudentia, originem habet: ut ratiocinatur, ac plurium auctoritate firmat Groenewegen *ad pr. Instit. de oblig. quæ quasi ex delicto* Ant. Matthæus *de auctionib. lib.* 1. *cap.* 15. *n.* 2. Parens p. m. Paulus Voet *ad pr. Inst. d. tit. de oblig. quæ quasi ex delict. n.* 3. Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 8. *n. ult.*

59 Uti autem advocati & procuratores aliique similes litigantibus adsunt, ita & plures judicibus vel opem ferunt, vel a ministeriis sunt. Opem præcipuam ferre toti judicantium ordini videtur is, cui litis jam instructæ præparatorium examen committitur, ut causæ merita ante definitivam sententiam collegis referat, de cujus officio videri potest instruct. Curiæ Holland. *art.* 149. & *seqq.* Curiæ supremæ *art.* 41. & *seqq. ad art.* 49. Ultrajectinæ *tit.* 1. *art.* 13. 14. 15. Ac nominatim in Hollandia cautum, ne ulli hoc demandetur, cujus filius, aut gener, aut frater, aut affinis, advocati vel procuratoris munere in illa lite functus est, Placito Ordinum Holland. 23. Martii 1669. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 662. *in fine*.

60 A ministeriis fuerunt Romanis judicibus, scribæ, apparitores, accensi, interpretes, præcones, lictores, viatores, carnifices; quorum & nomina & officia ex antiquitate historiæ Romanæ collecta vide apud Rosinum *antiquit. Romanar. lib.* 7. *cap. ult.* Demsterum *in notis ibidem*, & *ad lib.* 8. *cap. ult. circa med.* Polletum *Historia fori Romani lib.* 5. *cap.* 12. 13. 14. Meyerum *collegio Argentorat. ad Pand. h. t. n.* 108. & *seqq. ad n.* 118. Et his similia munera etiamnum hodie in superioribus ac inferioribus judiciis obiri, vel lippis notum est. Graphiariorum & Secretariorum officia exhibet Instructio Curiæ Holland. *art.* 29. & *multis seqq.* Curiæ supremæ *art.* 64. & *seqq. ad art.* 94. Ultrajectinæ *tit.* 3. Brabantinæ *art.* 126. & *multis seqq.* Flandricæ *art.* 87. & *seqq.* Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 8. Adde *tit. de edendo n.* 20. & *seqq.* Apparitorum & executorum quæ munia, quæ partes sint, enarrat Instruct. Curiæ Holl. *art.* 91. & *seqq.* supremæ art. 105. & *seqq.* Ultrajectinæ *tit.* 6. & 7. Brabantinæ *art.* 368. & *seqq.* Flandricæ *art.* 204. & *seqq.* Leeuwen *cens. forens. d. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 9. præcipue vero prolixum Curiæ Hollandicæ decretum de officiis apparitorum & executorum 28. *Martii* 1680. Carnificis officia nec non salaria ex parte definita occurrunt in decreto Curiæ Holl. 11. *Aug.* 1607. & 5. *Novembr.* 1608. *vol.* 2. *placit. Holl. p.* 1505. & *seqq.* quæ per indicem retulisse suffecerit. Quantam vero graphiariorum acta mereantur fidem; quantam, & in quibus, relationes apparitorum, infra dicetur *tit. de fide instrum.* & *tit. de testibus*.

61 Illud de graphiariis haud prætermittendum, non prorsus a ratione alienum esse, ut tanquam suspecti reprobentur, quo minus vel acta conficiant, vel deliberationi judicum adsint, aliaque officii nomine expediant in litibus, quæ ipsis cum alio intercedunt, quæve inter tales exercentur, quorum alter-

ternler sic sanguinis vinculo iis junctus est, ut & iu tali cognationis gradu judex posset tanquam suspectus recusari. Uti enim in judice metuendum, ne gratia & affectione ductus aliter judicet, quam exigit justitiæ ratio; ita quoque pari ratione merito quis vereatur, ne per graphiarium ita conjunctum arcana, veluti testium depositiones, & alia, aut nullo modo aut tardius revelanda, pandantur maturius adversæ parti ita conjunctæ. Quam rationem secuti Ordines Generales fœderati Belgii, id disertis sanxerunt verbis in instructione Curiæ Flandricæ *art.* 90. etsi contra judicatum fuisse a Curia Hollandiæ anno 1559. 23. Februar. referat compilator decisionum *post resp. JCtor. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 11. *in fine*, van Alphen *part.* 1. *in suo formulario cap.* 50. *in fine*.

62 De apparitoribus quoque sciendum, illos, dum suo funguntur munere, non ex propria persona æstimandos esse, sed judicem repræsentare, cujus mandato instructi sunt. Quibus consentaneum est; ut, qui apparitoribus in officio versantibus violenter resistunt, injuriis, plagis, vulneribus excipiunt, æque graviter arbitrio judicis coercendi veniant, atque si hanc ipsi judici intulissent læsionem. Si enim injurias uxori, filiofamilias, aut servo illatas, in mariti aut patris aut domini contumeliam redundare, certi juris sit, quia vel affectui vel potestati subsunt, *l.* 1. *§. item* 3. *l. eum qui* 18. *§. ult. ff. de injuriis*, *§. patitur* 2. *& seqq. Instit. de injur.* si legatorum violatio ita juris interpretatione credatur in Principum eosdem mittentium facta contemptum, ut latius tradidi *tract. de jure militari cap.* 1. *n.* 23. Quis non pari ratione animadvertit, judicem videri ea passum, quæ apparitori jussa judicis exequenti illata sunt. Aliud dicendum foret, si vel mandato destitutus esset, vel excederet mandati fines, atque ita sordidas exerceret concussiones: tunc enim non minus ei, quam privato cuique res nostras diripienti resisti posset, arg. *l. prohibitum* 5. *C. de jure fisci*, *leg.* 1. *ff. de concussione*; etsi tutius fuerit atque consultius, præsenti violentiæ cedere, ac apud judicem querelas exponere, ne qua tumultus oriatur occasio, indeque fiat, ut defensio, quæ primo justa & honesta videbatur, in injuriam tandem, moderamine inculpatæ tutelæ non omnifariam observato, declinet, arg. *l. non est singulis* 176. *ff. de regul. juris*, Ant. Fab. *Cod. l.* 7. *tit.* 20. *defin.* 15. confer *tit. de jurisdict. n.* 50.

63 Ceterum tum judicibus tum ministris eorum sportulæ debitæ. Ita pedaneis judicibus per litigatores præstandi fuerunt duo aurei in ingressu litis, totidemque in fine, si modo lis ea aureorum centum superaret quantitatem, *novell.* 82. *cap. ne autem* 9. De sportulis vero apparitori solvendis definitio quantitatis in obscuro est, dum cum codice priore interciderunt constitutiones eandem præscribentes. Vide §. *tripli* 24. *Instit. de action. l. ult. §. ult. C. de sportulis*; Cujacium *l.* 12. *observ.* 22. immunes sane ab hujusmodi sportulis apparitori solvendis sunt Episcopi in causis suæ ecclesiæ; ac minores, quam vulgo, sportulas clerici in propriis suis exsolvunt causis, *novell.* 123. *cap. sportularum vero* 28.

64 Hæc de prima tituli parte, quæ erat de *judiciis*; restat explicanda altera, *ubi quisque agere vel conveniri debeat*. Omni etenim in judicio id præcipue observandum, ut in foro competente lis moveatur: de quo regula generalis est, actorem sequi forum rei; adeo ut juris ordo converti dicatur, si quis postulet, reum ad actoris venire forum, *l. juris ordinem* 2. *C. de jurisd. cap. cum sit generale* 8. *extra, de foro compet.* Sufficit autem, quod litis initio reus in eo loco, quo convenitur, forum competens sortiatur: cum enim illic, ubi acceptum est semel judicium, etiam finem accipere debeat, *l. ubi acceptum* 30. *ff. h. t.* non potest reus desiderare, litem ad alium transferri judicem, si forte lite pendente incipiat cessare ratio, quæ eum tali judici, ut competenti, reddiderat obnoxium; veluti si domicilium mutet, aut militiæ nomen det, aut militia solvatur, aut pupillus vel vidua esse desinat nuptiis aut majorennitate, *d. l.* 2. *C. de jurisdict. omnium jud. l. pen. ff. de jurisdict. l. si quis, posteaquam* 7. *ff. h. t. cap. proposuisti pen. extra, de foro compet.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 56. *n.* 15. Considerandum enim, non nisi in exordio litis opponi posse declinatoriam fori exceptionem; antequam quicquam actum fuerit, aut publice dictatum, arg. *l. pen. & ult. C. de exception. seu præscript.* Nam, etsi verum sit, reum cavendo desistendo, quoties secundum jus hodiernum arresto detentus est, sibi non præjudicare, quo minus forum adhuc declinet; tamen sibi nocet, si vel exceptionem aliam dilatoriam opposuerit, vel ab adversario exegerit cautionem; cum ita videatur in judicem consensisse; ut latius dixi *tit. de jurisdictione n.* 21. 22. Uti ex opposito, exceptione hac per reum objecta, actor die condicto ad eam non respondens, tacite censetur assensum præbere in id, ut ad forum aliud reus remittatur: cum ante omnia illa de foro competente quæstio discutienda sit, & sciri debeat, utrum sententia, postmodum pronuncianda, firmitatem habitura sit, an ob defectum jurisdictionis futura sit ipso jure nulla, arg. *l. si crimen* 3. *C. de ordin. cognit.* quod & cautum *Instruct. Curiæ supremæ art.* 243. usque adeo, ut is, qui qualitatem quandam allegat, qua posita judex est competens, qua deficiente incompetens est, eandem protinus in litis ingressu teneatur docere, quicquid in contrarium nititur Mynsingerus *cent.* 2. *observ.* 9. Quid enim si quis Titium, velut studiosum, ad tribunal vocet Academicum, vel tanquam militem & ad judicium militare, cum Titius se vel militem esse negaret, vel studiosis adscriptum? aut quid si Caja quasi vidua, vel Mævius ut minorennis, adversarium vocet ad tribunal superius ex privilegio viduabus ac pupillis dato, is autem actorem actricemve viduam aut minorennem neget; absurdum sane fuerit, litigantem ad subeundas litis molestias compelli, antequam constet, utrum sententia, post discussionem causæ principalis interposita, effectum sortitura sit, nec ne. Quin potius, uti in quæstione, an valeat testamentum, in primis animadvertendum est, an is, qui fecit testamentum, habeat testamenti factionem, deinde, si habuerit, an secundum regulas juris civilis testatus sit, *l. si quæramus* 4. *ff. qui testam. fac. poss.* ita quoque, si dubitetur, an talis judicis jurisdictio sit, an vero

vo-

vocatus ad aliud forum revocandi jus habeat, judex ante omnia debet causa cognita id statuere, & ad alium judicem protinus litigantes remittere, si constiterit, in ea illos esse causa, ut remittendi sint, *l. consensisse* 2. §. *sed si dubitetur* 6. *l. si quis ex aliena* 5. *ff. h. t.* Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 31. *num.* 2.

65 Judicem certe ipsum, cujus jurisdictio declinatur, de eo cognoscere, dubium non est, *d. l.* 2. §. 6. *&* *l.* 5. *ff. h. t.* adeo ut in expensas quoque actorem temere vocantem condemnare queat, si semet ipsum pronunciet non competentem; cum enim in ista cognitione, quæ de re fori competentis est, ipse competens judex fuerit, sequitur, ipsum in expensas quoque, istius quæstionis intuitu factas, posse damnare, etsi in principali negotio incompetens sit, *cap. statutum* 11. §. *cum vero* 1. *de rescriptis in* 6. *Clement.* 1. *de rescriptis*; eodem modo, quo expensarum damno judex appellationis mactare potest appellantem, si pronunciet, desertam fuisse ab eo appellationem, *cap. reprehensibilis* 26. *extra de appellat.* Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 34. Sed an is, qui vocatus est ad judicem non competentem venire teneatur, ut id doceat, an vero impune remanere possit & vocationem contemnere, non æque expeditum. Ut huic quæstioni satisfiat, distinctione opus est: si enim reus tantum ex privilegio quodam possit forum declinare, alioquin ibi judicandus, ejus erit, non contemnere prætoris auctoritatem: nam & legati ceterique, qui revocandi domum jus habent, in ea sunt causa, ut in jus vocati, veniant, privilegia sua allegaturi, ut Ulpianus ait *in d. l.* 5. *ff. h. t. l. ex quacunque* 2. *ff. si quis in jus vocatus non iverit*, ne alias silentio videatur privilegio renunciasse ac prorogasse jurisdictionem. At si judici non competat certo certius potestas judicandi de tali negotio vel re vel quantitate, potest reus impune non venire, sic ut & sententia in eum absentem lata ipso jure nulla sit, juxta vulgatum illud, supra jurisdictionem suam aut extra suum territorium jus dicenti impune non pareri *l. ult. ff. de jurisdict. l. contumacia* 53. §. *ult. ff. de re judic.* Ant. Faber *C. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 3. *&* 4. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 48. *n.* 7. *& seqq.* Rebuffus *ad const. regias tom.* 3. *tit. de contumac. & defect. art.* 8. *gloss.* 1. *n.* 7. 8. 9. Mynsingerus *cent.* 6. *observ.* 7. Leeuwen *cens. for. part.* 2. *libr.* 1. *cap.* 25. *n.* 1. Magis etenim judicis ipsius officium erat, litem illam, quam sciebat ad suam non pertinere jurisdictionem, sponte ac sine ullius rogatione, a suo amandaré tribunali; non vèro sese immiscere rei ad se non pertinenti arg. *l. culpa est* 36. *ff. de reg. juris.*

66 Multis vero modis reus forum competens sortitur; puta, ratione delicti, contractus, prorogationis, rei sitæ, reconventionis, continentiæ causæ, originis, domicilii, & privilegii, cui ex moribus addi debet forum competens ex causa arresti seu detentionis personæ aut rerum, quod late patet, ac facile actori est, ea via ad suum proprium forum reum pertrahere, ut late dictum *tit. de in jus vocando*. Quod si in pluribus locis reus forum competens sortiatur, in actoris arbitrio est, quo in foro reum convenire velit, sic ut is in foro competente conventus, frustra ad alium judicem sese mitti desideret, *l. ult. in fin. Cod. de jurisdict. omn. judic. arg. l. arbitraria* 2. §. *Scævola* 3. *ff. de eo quod certo loco*, Covarruvias *variar. resol. lib.* 1. *cap.* 18. *n.* 6. *& pract. quæst. cap.* 7. *n.* 5. Brunnemannus *ad d. l. ult. C. de jurisdict.* responsa JCtor. Holl. *part.* 14. *consil.* 291.

67 Delicti quidem intuitu forum competens sortitur reus in loco, in quo crimen commissum, vel saltem inchoatum est, sive illic inveniatur, sive non, *l. Cod. ubi senat. vel clariss. l.* 1. *Cod. ubi de criminib.* adeo ut & criminum graviorum rei, alibi intercepti, ad locum, in quo facinus perpetratum erat, remittendi fuerint, pœnam ibi subituri, ut & conspectu deterreantur alii ab iisdem facinoribus, & solatio sit cognatis & affinibus interemptorum eodem loco pœna reddita, in quo latrones homicidia fecissent, *l. capitalium* 28. §. *pen. ff. de pœnis*, *l. desertorem* 3. *ff. de re militari*, & licet illæ reorum transmissiones hodiernis moribus inter illos, qui eidem non subsunt Principi, comitatis potius, quam necessitatis sint, ut plenius dicetur *tit. de custod. & exhib. reorum*; tamen cessans transmissionum necessitas non impedit, quo minus nunc judex loci, in quo scelus perpetratum est, cum illic nec inveniretur delinquens, nec domicilium foveret, nec alibi detentus esset, aut accusatus, edictis publicis absentem adesse jubeat, ut sese sistat, ac adversus accusationem tueatur, ni tanquam contumax condemnari malit, arg. *d. l. C. ubi de crimin. auth. si vero criminis*, *C. ad l. Jul. de adulteriis & stupro*, *l. ult. ff. de accusat.* junct. *l.* 1. §. *præsides* 2. *ff. de requirend. reis*, Carpzovius, *pract. criminal. part.* 3. *quæst.* 110. *n.* 45. 46. 47. *& seqq.* Groenewegen *ad leg.* 1. *C. ubi de criminib. circa fin.* Brunnemannus *ad l.* 7. *ff. h. t. n.* 5. Jubent sane Impp. *in d. l.* 1. criminis persecutionem fieri vel *ubi commissum est*, vel *ubi reperiuntur rei*: si vero id fieri non potuisset in loco delicti, nisi illic præsente reo, totum illud, *ubi commissum vel inchoatum est crimen*, inutile esset, ac suffecisset, reos conveniri posse *ubi reperiuntur*, sive in domicilii loco, sive in quovis alio, in quo oberrant, forte vagabundi. Neque hanc evertunt sententiam ea, quæ plures in contrariam traxerunt opinionem, inter quos est Zangerus *de exceptionib. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 449. Berlichius *dec.* 142. Radelantius *Curiæ Ultraject. dec. ult. pag.* 286. *& seqq.* Quod enim constitutum est, ut in criminali causa actor rei forum sequatur, *l. in criminali* 5. *C. de jurisdict. omn. jud.* quid, quæso, ad quæstionem nostram, an non & in delicti loco forum competens sit? sequitur actor rei forum etiam tunc, cum eum absentem in loco delicti accusat, quin delicti locus delinquenti forum competens est sine distinctione, *d. l.* 1. *Cod. ubi de criminib.* nihilo plus juvat *l. si quondam* 15. *C. ad leg. Jul. de adult. l. absentem* 6. *C. de accusation.* cum non aliud ibi cautum sit, quam quod in causis capitalibus absens solemniter accusari nequeat; sed adnotari debeat requirendus. Cum vero nostris & multorum moribus receptum sit, accusari absentes, ac probatione suffi-

cien-

viente convictos damnari, causa nulla superest, cur non & in loco delicti perpetrati adversus absentem accusatio institueretur, ac decerneretur supplicium, tunc executioni dandum, cum rei damnati copia erit: suadentibus etiam ad ipsum iisdem rationibus, propter quas jure Quiritium transmissiones reorum inductas fuisse, paulo ante dictum est. Adde Petrum Bort *van criminale saken*, *tit.* 1. *n.* 28. *& seqq.*

68 Sed & quocunque alio in loco, in quo reperitur delinquens, eundem recte accusari, Romanis placuit, *d. l.* 1. *Cod. ubi de criminibus*, *l. Præses provinciæ* 3. *l. congruit* 13. *ff. de offic. præsidis*, Donellus *comment. jur. civil. lib.* 17. *cap.* 16. *versu hucusque*, Cancerius *var. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 65. 66. 67. Carpzovius *tract. criminal. part.* 3. *quæst.* 110. *n.* 72. *& seqq.* Jacob. Thomingius *dec.* 5. *circa fin.* confer Psittacum Holland. *part.* 2. *tit.* 23. *van appel post libellum supplicem* 13. *pag. mihi* 260. *& seqq.* Petrum Cort *van crimin. saken tit.* 1. *n.* 37. *& seqq.* ac proinde etiam in loco domicilii, sive ibi, sive extra domicilii locum alibi deliquerit, Struvius *ad Pand. h. t. n.* 47. Anton. Matthæus *de crimin. lib.* 48. *tit.* 20. *cap.* 2. *n.* 8. Qui domicilii locus ad criminum persecutionem usque adeo Hollandis commodissimus visus est, ut constitutum fuerit, incolas Hollandiæ, criminis insimulatos, non nisi a suo judice ordinario (*haren dageluksen rechter*) apprehendi aut judicari posse, quoties neque fugitivi sunt neque flagranti in delicto deprehensi, *Placito Ordin. Holland.* 15. *Sept.* 1677. *vol.* 3. *placit. pag.* 1385. Petrus Bort *van criminele saken tit.* 1. *n.* 55. *& seqq.* Quod tamen de criminibus extra domicilii quidem locum, sed intra Hollandiam ab Hollando commissis intelligendum est; nam si extra Hollandiam deliquisset Hollandus, nihil vetat, quo minus apud judicem, in cujus territorio delictum perpetratum fuit, quique Batavicis legibus adstrictus non est, accusatus & absens legitimis evocetur edictis juxta ante adstructa; aut etiam detineatur in alio quocunque extra Hollandiam loco, etsi in Hollandia tunc crimen commissum esset, uti cautum a Philippo Hisp. Rege, Hollandiæ tunc Comite, *Ordinantie op. de criminale justitie* 5. *Julii* 1570. *art.* 74. 75. *vol.* 2. *placitor. pag.* 1038. 1039.

69 Plane ad forum competens in criminalibus constituendum haud sufficit, quod delinquens bona immobilia aliquo in loco possideat; si de cetero illic neque domicilium habeat, neque deliquerit, neque apprehensus sit. Etenim rei quidem sitæ locus forum competens esse potest in civilibus, quoties ea ipsa de re quæstio est, seu res illa petitur, *tit. Cod. ubi in rem actio*, at non, si alterius rei, vel pœnæ persecutio sit. Et licet hodierno jure competens judex fieri possit ex eo, quod adversarius adversarii bona in territorio aliquo invenit, ac publica sistit auctoritate; quia tamen ipsum sistendi jus exorbitans est a jure communi tanquam species quædam executionis ante sententiam, & præcipue ad fovenda inter gentes commercia inductum ut dixi *tit. de in jus voc.* vix est, ut ad crimina jure porrigamus hoc singulare & odiosum rerum sistendarum jus, solius jurisdictionis fundandæ contemplatione. Et sane, si sola ratio possessionis, seu possessio domus alteriusve rei in aliqua civitate neque domicilium faciat, neque idonea sit civilibus possessori muneribus injungendis, seu ad id, ut is ad eum vocetur locum, munera civilia obiturus, *l. libertus* 17. *§. sola ratio* 5. *& §. sola domus* 13. *ff. ad municipalem*, etiam sufficiens videri non potest ad id, ut delinquens ad eum citatus locum, criminis diluendi causa teneretur venire: cum non minus intersit reipublicæ munera geri civilia, quam sontes puniri. Parens p. mem. Paulus Voet *de statutis sect.* 11. *cap.* 1. *n.* 7. Nec obstat, quod a nonnullis traditum est, reo ob crimen condemnato, & publicationem bonorum patiente, res ejus immobiles extra territorium condemnantis sitas cedere fisco Principis illius, in cujus regione sitæ sunt. Cum enim id tantum fiat in consequentiam sententiæ ab alio judice competente latæ, pro cujus justitia & æquitate dum alii præsumunt locorum aliorum judices, executionem ejus in suo faciunt territorio quantum ad bona illic sita, non est, quod sana ratione ex eo solo forum competens adstruxeris: quam frequenter enim literis (ut appellant) requisitorialibus rogati judices exsequantur sententiam a competente judice alibi latam, ut ut ipsi in causæ ipsius cognitione incompetentes manifesto fuerint, quotidiana experientia abunde docet.

70 Quoties autem pluribus in locis secundum jam tradita reus criminis conveniri potest, in tali fori multiplicis concursu præventioni locum fore, rationis est: ut enim in aliis, ita & hic, vigilantibus jura scripta sunt, *l. pen. in fine ff. quæ in fraud. credit. sunt ut restitut.* nec immerito huc illud traduxeris, quod de popularibus actionibus jure civili traditum, occupantis seu litem contestantis meliorem esse conditionem; nec ceteros amplius ad agendum admitti quam primum unus e populo cœpit judicium populare movere, *l. sed si* 5. *ff. de popular. action.* junct. *l. ut si cui* 12. *ff. de verbor. signif.* Prævenisse vero censendus est, qui reum criminis deprehensum aut carceri inclusit, aut alteri qualicunque custodiæ commisit: cum enim in jus vocatio præventioni locum faciat, *l. ult. C. de in jus vocando*, *l. si quis, posteaquam* 7. *ff. h. t.* eo quod lis ibi finem accipere debet, ubi initium habuit, *l. ult. acceptum* 30. *ff. h. t.* initium autem habuit a facta in jus vocatione, *§. ult. Institut. de pœna temere litigant.* non potest non videri prævenisse, qui hanc fecit manus injectionem ac detentionem, adeoque rigidiorem realem in jus vocationem, Ant. Faber *Cod. lib.* 3. *tit.* 14. *defin.* 3. Quin immo, si judex alius, veluti domicilii, reum criminis absentem edicto jam citaverit, alius itidem competens, veluti judex loci, in quo delictum perpetratum est, eundem post factam priorem citationem apprehenderit, placuit, potiorem fore causam ejus, qui apprehendit, licet verbalis in jus vocatio per alium facta tempore prior sit; cum noxa caput sequatur, & crimen personam ubique comitetur, *l.* 1. *in fine ff. de privatis delictis*, ac non decernendæ tantum, sed & infligendæ pœnæ potestatem habet, qui delinquentem tenet; dum is, qui citationem fecit, supplicium quidem in absentem constituere potest, at haudquaquam executioni dare. Nisi tamen probari

pos-

possit, reum sponte talem affectasse apprehensionem, pœnæ gravioris evitandæ, aut transactionis facilioris ineundæ spe, Jacob. Coren. *consil.* 30. Appendix *decis. post. respons. JCtor. Holl. part.* 3. *vol.* 1. pag. 23. *in pr.* Cancerius *var. resolut. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 208. 209. Damhouderus *praxi crimin. cap.* 33. *n.* 5. 6. Jul. Clarus *lib.* 5. *sententiarum §. fin. quæst.* 54. *n.* 7. Responsa Jurisc. Holland. *part.* 2. *consil.* 319. Carpzovius *pract. criminal. part.* 3. *quæst.* 110. *n.* 98. 99. 100. Brunnemannus *ad l.* 7. *ff. h. t. n.* 5. Quod si judex alius in crimen quidem jam inquisiverit, sed nec citaverit delinquentem nec apprehenderit, alius vero eundem vel injectione manus captivum duxerit, vel absentem jusserit edictis adesse, potior in fori competentis & præventionis quæstione erit causa ejus, qui prior citavit, cum non a nuda inquisitione, sed ab ipsa in jus vocatione, judiciorum omnium principium derivandum sit, *d. §. ult. Inst. de pœna temere litig.* Anton. Faber *C. lib.* 3. *tit.* 14. *defin.* 5. Plura de præventione in materia criminali vide apud Petrum Bort *van criminele saken tit.* 2.

71 Neque tantum præventioni huic locus est, quando in dubium est, pluribus in locis reum criminis peragi posse, secundum jam exposita; sed & si incertum sit, qui ex causa loci, in quo delictum perpetratum fuit, judex competens æstimandus sit, dum forte in territorii duplicis confinio illud commissum dicitur: nisi quis malit, junctim territorii utriusque judicem cognoscere debere ac punire; quod tamen multis involutum difficultatibus vix in praxim deduci potest. Illum sane solum in tale casu competentem fore, in cujus territorio caput occisi inveniur, vel ubi pedes secundum alios, vel ubi cor, ut quibusdam visum est, ineptum adeo atque ridiculum, ut referre pigeat, nec refutationem mereatur. Vide Carpzovium *pract. criminal. part.* 3. *quæst.* 110. *n. & seqq. ad n.* 59. Bachovium *Treutlerum vol.* 1. *disput.* 19. *th.* 4. Quod si de jurisdictione in criminalibus inter duos judices superiorem habentes contentio sit, & ea ratione diutius accusationem protelari, reum carceris tædio atque squallore macerari, crimenque suspensum aut impunitum manere contingat, seculo superiore in his regionibus constitutum fuit, litem illam criminalem ad tribunal superius evocandam esse, salvo cuique suo circa jurisdictionem jure, *Ordinantie op de crimmele Justitie* 5. *Julii* 1570. *art.* 72. 73. *Sententien van den Hoogen en Provincialen Rade sent.* 45.

72 Operæ pretium foret, obiter ex usu nostro adnectere casus quosdam notabiliores, in quibus crimina non promiscue, sed a certis tantum coercentur judicibus; sed rectius ista inferius inter exempla & species fororum ex privilegio competentium recensebimus.

73 Ratione contractus forum competens sortitur reus eo in loco, in quo contractus vel quasi contractus celebratus seu perfectus est, *l. hæres* 19. *§.* 1. *& seqq. l.* 20. *l. de eo autem* 26. *l. argentarium* 45. *pr. & §.* 1. *ff. h. t.* si modo reus illic inveniatur, aut bona habeat, quæ possint eo absente ibi judicis auctoritate possideri, *d. l. hæres* 19. *pr. & §.* 1. 2. *ff. h. t.* cum quo & jus Canonicum consentit, *cap.* 1. *§. contrahentes vero, de foro compet. in* 6. & mores hodierni: adeo ut ne ex speciali quidem jurisdictionis prorogatione contractui addita contrahens ibi conveniri possit, nisi ipsi aut bonis ipsius in eo loco repertis injecta manu (arrestum dicunt) jurisdictio stabilita sit, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 36. *n.* 14. Sande *dec. Frisic. lib.* 1. *tit.* 1. *defin.* 5. Ant. Faber *Cod. lib.* 3. *tit.* 13. *defin.* 4. Groenewegen *ad l.* 2. *Cod. de jurisdict. omn. judic. & ad tit. C. ubi convenitur, qui certo loco dare promisit*, Struvius *ad Pand. h. t. n.* 42. Respons. JCtor. Holland. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 174. In eoque forum competens ex contractu distare ab eo quod est ex delicto, notat Donellus *Comment. jur. civil. lib.* 17. *cap.* 16. *vers. alterum est*. Jure tamen singulari inter Hollandos Zelandosque quid conveneri de debitorum Zelandorum bonis in Hollandia per Hollandos jurisdictionis gratia non sistendis, de debitoribus tamen Zelandis in Hollandico contractus loco repertis ad litis contestationem adigendis, & vice versa, dixi *tit. de in jus vocando*. Vide *Provisione L. accoord. tusschen Holland en Zeeland* 21. *Junii* 1674. *art.* 3. *& seqq.* Quando vero contractus unusquisque censeatur perfectus esse, ex varia contractuum natura, prout vel re vel verbis vel consensu constiterint, dijudicandum est. Plane si contractus consensu constantes inter absentes seu diversis in locis domicilia foventes nuncio vel litteris celebrari contigerit, commodissimum fuerit, illic contractum censeri perfectum, ubi literæ negotium concludentes acceptatæ sunt. Cum enim ad perfectionem contractus requiratur utriusque consensus, eo demum in loco negotium, de quo concludendo tractatur, videri potest perfectum, in quo partis utriusque consensus conjungitur, nuncio aut literis mittentem ipsum repræsentantibus, perinde ac si ipse ad eum, ad quem absentem literas dedit, profectus, consensum coram ac præsens præsenti exposuisset: eodem scilicet modo, quo & ex opposito renunciationem societatis per epistolam declarans absenti socio, non ante censetur suum dissensum manifestasse in socii detrimentum, atque ita a societate liberatus esse, quam per redditas literas innotuerit socio renunciantis voluntas; non secus, ac si is socio absenti se stitisset præsentem, *l. sed & socius* 17. *§. si absenti* 1. *ff. pro socio*. Facitque in hac sententia, quod vulgo traditum ab interpretibus, literas, moriente eo qui contrahendi gratia eas miserat, antequam acceptatæ essent ab eo, cui inscriptæ erant, nec mittentem obligare nec acceptantem, aut alterutri prodesse; cum eo tempore, quo acceptabantur, scribentis mortalitas impedimento fuerit, quo minus concipi queat utriusque in idem placitum consensus, arg. *l. si cum* 2. *§. pen. ff. de donationibus*, ut pluribus auctorum nominibus confirmat Berlichius *dec.* 57. *n.* 4. *& passim*. Quod si, alibi consensu contrahentium interposito, alibi de tali conventione probationis gratia, instrumentum conscriptum sit, non instrumenti confecti, sed consensus interpositi locus forum competens efficiet ex causa contractus; neque enim ex figura literarum, sed conventione obligamur, *l. non figura* 38. *ff. de oblig. & action.* nec assumta extrinsecus scriptura, ut, quod actum est, fa-

facilius per eam probari possit, contractum aut facit, aut perficit, *l. in re* 4. *ff. de fide instrum. l. contrahitur* 4. *ff. de pignor. & hypoth.* arg. *l. exigere* 65. *ff. h. t.* nisi, ut contractus in scriptis fieret, placuisse constiterit: cum enim eo placito id efficiatur, ne contractus habeatur perfectus, nisi instrumentum subscriptione partium aliisque requisitis firmatum, omnibus numeris absolutum sit, *pr. Instit. de emtione vend. l. contractus* 17. *C. de fide instrument.* vix est, ut non in instrumenti conscripti loco contractus talis credatur celebratus, Zangerus *de exception. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 111. 112. Sed &, si alibi contractus perfectus sit, ad alium vero locum solutio seu implementum conventionis destinatum, contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret, se obligavit, dummodo & ibi secundum antedicta inventus fuerit, aut bona habeat, *l. contraxisse* 21. *ff. de oblig. & action. l. aut ubi* 3. *ff. de reb. auctor. jud. possid. l. hæres. absens* 19. §. *ult. l. exigere* 65. *ff. h. t. l. unic. C. ubi convenitur qui certo loco dare promisit*, Ant. Faber *Cod. d. lib.* 5. *tit.* 15. *defi.* 4. Zangerus *de except. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 110. Jacobus Coren *observat.* 28. *n.* 55. *& seqq.* Groenewegen *ad tit. C. ubi convenitur qui certo loco dare promisit*.

74 Quibus porro in locis actione tutelæ ad rationes reddendas, aut ex testamento ad legata aut fideicommissa solvenda, vel familiæ erciscundæ judicio ad hæreditatem dividendam & præstationes personales experiundum sit, ubi judicium universale concursus inter creditores ventilari debeat, commodius tradetur *tit. familiæ ercisc. tit. de tutelæ & ration. distrah. tit. de legatis & fideicommis. & tit. qui pot. in pignore*. Non tamen ex loco contractus forum competens est, si id nominatim actum fuerit, ut non ibi, sed alibi conveniretur, *l. hæres* 19. §. *proinde* 2. *ff. h. t.* aut cum advena contractum sit, qui in loco contractus nec domicilium habens, nec tabernam vel officinam conductam, confestim inde discessurus est, sciente id adversario, quocum contraxit, *d. l.* 19. §. 2. *ff. h. t.* cujus exemplum etiam est in *l. exigere* 65. *ff. h. t.* quod tamen postremum, inducto per mores sistendi jure, nunc non servatur.

75 Est & forum competens *jurisdictionis prorogatione*, de qua ex professo actum *tit. de jurisdictione n.* 14. *& sequent. ad n.* 38.

76 Ad hæc ratione *rei sitæ* recte de rei proprietate vel possessione quisque experitur in rem actione eo in loco, in quo res, propter quas contenditur, sitæ aut constitutæ sunt: sive singulari vindicatione sive universali hæreditatis petitione earum persecutio facienda sit, *l.* 2. *l.* 3. *C. ubi in rem actio, l. unic. C. ubi de hæreditate agitur*, sive de mobilibus sive de immobilibus agatur rebus; cum & in mobilibus ex præsenti possessione actio sit, *l. non alias* 24. §. *ult. l. quod legatur* 38. *ff. h. t.* jure sistendi secundum mores hodiernos adhibito, rebusque in loco, ubi sunt, arresto gravatis, ac possessore alibi degente solemniter citato, Groenewegen *ad l. unic. C. ubi de hæred. agitur*. Neque enim interest, utrum reus ibidem præsens sit, nec ne: nam si legitime citatus possessor sese non sistat, nec rei controversæ suscipiat defensionem; in rei indefensæ possessionem actor a judice mittendus est, *d. l.* 2. *C. ubi in rem actio*, hodie lis etiam principalis post rei contumaciam ex allegatis ab actore ac probatis terminanda, ex notissima praxi. Constat etenim, in hac fori competentis causa non tam personæ, quam potius rei, quæ petitur, rationem haberi, neque reum ad se defendendum, cum ab ejus persona nihil petatur, sed ad defendendum rem venire. Unde & eos, qui alioquin fori gaudent privilegio, de proprietate vel possessione conventos in rei sitæ loco, non posse per oppositam fori præscriptionem litem ad suum privilegiatum revocare forum, verius est. Clericum sane hac ratione conventum de re seculari apud secularem judicem in rei sitæ loco, teneri ibidem litem excipere, traditum ab Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 37. *n.* 4. Mynsingero *cent.* 1. *observ.* 22. Struvio *ad Pand. h. t. n.* 49. Vinnio *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 18. *in pr.* Brunnemanno *ad l.* 3. *C. ubi in rem actio*. Et academicum de re in loco studii sita vocatum ad judicem ordinarium, ad Rectorem judicemve Academicum remittendum non esse, post alios scripsit idem Vinnius *d. loco*: quod & Academiæ Leydensis statutis *articulo* 39. cautum est.

77 An autem cum hoc rei sitæ foro concurrat etiam forum ex domicilio rei possidentis, non adeo expeditum est. Non concurrere, sed præcise tantum in rei sitæ loco ventilandas esse de proprietate vel possessione controversias, multis contendit Donellus *comment. jur. civil. lib.* 17. *cap.* 17. Stockmans *Curiæ Brabant. decis.* 136. Contra, concursum admittendum esse, electione actori data, an in domicilii an situs loco experiri desideret, aliis placuit, inter quos Joh. Deckherus *lib.* 2. *dissert.* 10. *n.* 15. Menochius *de adipiscenda posses. remed.* 4. *n.* 402. 403. Struvius *ad Pand. h. t. n.* 52. Vinnius *quæst. lib.* 1. *cap.* 18. Brunnemannus *ad l.* 3. *C. ubi in rem actio*, ab utrisque recedit ex parte Cujacius *lib.* 5. *observ.* 19. Neque religio mihi est, mediam quodammodo hic ingredi viam. Etenim mobilia non in loco tantum, in quo sunt, sed & alibi, ubi forum competens reus sortitur, rei vindicatione peti posse, evidenter colligitur ex §. 2. & 3. *Inst. de off. judic. l. si res mobilis* 10. *l.* 11. & 12. *ff. de rei vindicat.* in quibus dum Jurisconsulti quærunt, ubi restitutio rei mobilis vindicatæ facienda sit, ac definiunt, eam, si præsens non sit, nec lite pendente dolo malo rei ab eo loco, in quo lis contestata, translata fuerit, restitui posse vel in loco, ubi agitur, vel in loco, ubi res est, & ubi eam tum bonæ tum malæ fidei possessor nactus est; hoc ipso duo distincta considerant loca, alterum, in quo res est, & in quo non erat actum, alterum in quo de re mobili absente litis contestatio facta erat. Commodior autem non erat agendi locus de re mobili extra situs locum, quam in quo possessor domicilium fovebat; quippe cum aliis plerisque concurrit specialibus fori competentis causis. Et hanc ipsam fuisse mentem Imperatorum in *l. ult. C. ubi in rem actio*, persuasum habeo; ajunt enim: *Actor rei forum, sive in rem, sive in personam sit actio, sequitur. Sed & in locis, in quibus res, propter quas contenditur, constitutæ sunt, jubemus in rem* a-

actionem adversus possidentem moveri. Agunt de rebus, quæ in *aliquo loco constitutæ sunt*, quod mobilium est, aut personarum, quæ in loco, in certa provincia, *constitutæ* perhibentur in *l.* 1. *C. ubi in rem actio*, non item immobilium, quippe quæ minus accurate, minus saltem proprie, in aliquo loco *constitui aut constituta* esse dicuntur; rectius, *sita esse*, *l.* 2. *C. eod. tit. ubi in rem actio*. De his mobilibus in certo loco constitutis ajunt, *actorem sequi forum rei*, sive in rem, sive in personam actio sit; sequitur vero actor forum rei, cum eundem in domicilii loco interpellat, hanc enim interpretationem ea verba recipere, patet, tum ex *l. juris ordinem* 2. *C. de jurisdict. omn. judic.* tum ex eo, quod conjunguntur in *d. l. ult.* actiones in personam & in rem; at, quin in personam actiones in domicilii loco jure optimo moveantur, dubium nulli est. Sed ne solus domicilii locus videretur ad forum competens constituendum idoneus, subjungunt Imperatores in *d. l. ult.* & alterum, in quo res controversæ constitutæ sunt; conjunctione illa, *sed & in locis illis, in quibus &c.* Nec abhorret hæc sententia a juris rationibus: nam, cum mobilia nulli certo loco alligata sint, sed restitutionem ubicunque recipiant, arbitrio judicis aut etiam rei victi, de loco in locum transferenda, potuit efficaciter judex reum, domicilii intuitu sibi subjectum, ad restitutionem rei mobilis in quocunque idoneo, ad vel ipso domicilii loco, faciendam damnare, *d. l.* 10. 11. 12. *ff. de rei vindicat.* Eoque facit, quod ab interpretibus communiter est traditum, mobilia personam comitari, ac censeri illic esse quantum ad effectus juris, ubi dominus ipsorum domicilium fovet, etsi naturaliter alibi constituta essent. Neque hanc de rebus mobilibus opinionem evertit *l. quod legatur* 38. *ff. h. t.* Etenim cum Vinnio in *d. lib.* 1. *select. quæst. cap.* 18. responderi potest, Jurisconsultum, ajentem, *etiam ibi peti debet, ubi res est*, vim & effectum solutionis respicere; quia, si alibi petatur, hæres tamen eo loco, ubi res sine hæredis facto est, solvere eam potest, convenienter *d. legi* 10. 11. 12. *ff. de rei vindicat.* Constat utique, in *d. l.* 58. id, quod in fine legis dicitur, *peti debere ubi res est*, in principio ejusdem legis expressum esse per *dationem*, quæ ad exactionem sequi debeat, *ibi, ubi res est*. Contra se res habet in immobilibus, quæ certo adstricta loco, situm ex possessoris voluntate judicisve decreto mutare, vel aliorsum transferri, natura vetat. Cum ergo non alibi, quam ubi perenniter sita manebunt, ratione naturali possint restitui, etiam congruum fuit, non alium competentem actionis, quæ in rem immobilem est, judicem esse, quam qui imperio & jurisdictione sua posset possessione spoliare reum, contumaciter judicato satisfacare detrectantem, adhibita etiam militari manu; juxta *l. qui restituere* 68. *ff. de rei vindicat. l. si quis missus* 3. *ff. ne vis fiat ei, qui in possess. erit*. Qua ratione etiam a Paulo traditum, *eum, qui possidere jubetur, eo loco jussum videri, cujus cura ad jubentem pertinet*, dum non erat in jubentis potestate inducere manu militari in possessionem rerum, nisi quæ in territorio ejus sitæ erant, *l. cum unus* 12. §. *is qui possidere* 1. *ff. de reb. auctor. jud. possid.* Et his convenienter a Constantino in *l.* 2. *C. ubi in rem actio*, rescriptum est, eum, qui alterius nomine quolibet modo *possidens immobilem rem*, litem ab aliquo per in rem actionem sustinet, debere statim dominum nominare, ut is, sive in eadem civitate, *sive in alia degat*, intra certum tempus a judice definiendum, *vel ipse in loca, in quibus prædium situm est, perveniens, vel procuratorem mittens, intentionem actoris excipiat*. Eademque Imperatorum sententia est in *l. unic. C. ubi de possessione*; dum ajunt, *convenire*, ut adversus eum, qui possessionem turbavit, *judicet judex loci, ubi vis facta dicitur, aut momentanea possessio postulanda est*, intentato scilicet interdicto unde vi, in solis immobilibus locum habente, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 14. Adde Burgundum *ad consuet. Flandriæ tract.* 3. *n.* 8. Responsa JCtor. Holl. *part.* 5. *consil.* 39. *in pr.* Neque turbatur hæc nostra de immobilibus assertio ex eo, quod hæreditatis petitio non tantum in loco, in quo res hæreditariæ sitæ sunt, sed & ubi domicilium reus habet, intentari possit, *l. unic. C. ubi de hæreditate agatur*, si modo consideremus, hæreditatis petitionem non esse meram in rem actionem, sed & simul in personam, adeoque mixtam; mixtæ ergo hujus actionis personalis ratio effecit, ut ita ab Imperatoribus responsum sit. Uti enim de hac ipsa actione mixta alibi rescriptum fuit, longi temporis præscriptione eam non summoveri, eodem modo, quo non summoventur longi temporis præscriptione pleræque in personam actiones; addita etiam ratione, *quod mixtæ personalis actionis natura id respondere compellat*; cum contrarium in ceteris specialibus in rem actionibus servaretur, *l. hæreditatis* 7. *C. de petit. hæred. l.* 1. §. 1. *C. de annali except.* ita, cum ex obligatione conveniri regulariter unusquisque posset in domicilii loco, etsi nec res præstanda illic inveniretur, nec contractus esset celebratus, *l. hæres* 19. §. *ult. ff. h. t. l. juris ordinem* 2. *C. de jurisdict. omn. judic.* justum fuit, ut hæc actio, etiam ex obligatione nata, & hactenus personalis, in eo quoque ceteris exæquaretur in personam actionibus, ut non modo illic, ubi res sita est, sed & in loco domicilii rei posset moveri, & ita res ipsa simul cum præstationibus personalibus in alterutro loco peti, Zangerus *de exception. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 294. *& seqq.* Meyerus *colleg. Argentorat. ad Pand. h. t. n.* 238. 239. 240.

78 Reconventio insuper, seu mutua petitio, qua reus vicissim quid ab actore petit ex eadem vel diversa causa, forum competens efficit: æquum enim visum fuit, ut judicem tanquam idoneum agnoscat unusquisque tanquam reus, quem tanquam actor etiamnum agnoscit; (nisi eum in causa reconventionis possit suspectum arguere, *nov.* 96. *cap. illud quoque* 2. frustra dissentiente Carpzovio, dum exceptiones judicis non competentis & judicis suspecti imprudenter confundit, *defin. for. part.* 1. *constit.* 7. *defin.* 3.) in tantum, ut & tanquam actor repellendus sit, qui causam reconventionis excipere tanquam reus recusat, neque reus ultra procedere teneatur in causa conventionis, si reconventus nolit ad mutuam respondere petitionem, *l. si idem* 11. §. *sed & si* 1. *ff. de jurisdict. l. qui non cogitur* 22. *ff. h. t. l. cum Papinianus* 14. *& auth. & consequenter C.*

de

sentent. & interlocut. omn. judic. d. nov. 96. *c.* 2. Quin etiam adversus eum non respondentem in reconventione, ut contumacem, reus causam tum conventionis tum reconventionis urgere potest: neque enim actori liberum est, liti a se inchoatæ renunciare, ut reconventionis judicium declinet; &, si maxime a sua petitione in universum desistat, mutuæ tamen petitionis intuitu apud eundem judicem teneretur litigare, quasi præventus, Matthæus de Afflictis *decis.* 173. *n.* 5. Christinæus *vol.* 4. *decis.* 94. *n.* 5. Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 18. *defin. unic.* Wassenaar *pract. judic. cap.* 3. *n.* 4. etiamsi id usu inductum inveniretur, ut causa reconventionis non nisi post finitam conventionis causam agitanda foret, ut id in Saxonia obtinuit, Berlichius *part.* 1. *conclus. practicab.* 22. *n.* 64. *& seqq.* Nec refert, una an pluribus actionibus uno libello cumulatis (quod hodie licere dictum *tit. de edendo*) reus actorem reconvenire velit. Uti nec interest, utrum ex conventione, an ex delicto reconventio fiat, aut etiam ex crimine publico, in quantum is, qui læsus est, adversus delinquentem ad pœnam pecuniariam sibi ex juris Romani præceptis applicandam, vel ex nostro usu ad id quod interest, contendit, *l.* 1. *C. rerum amotarum*, arg. *l. si ambo* 10. §. *quotiens* 2. *ff. de compensat.* Berlichius *part.* 1. *conclus.* 22. *n.* 30. Qua ratione etiam in actione injuriarum mutuas petitiones admitti, apud nos receptum est. Vide van Alphens Papegaey *part.* 1. *cap.* 1. *cap.* 8. *circa fin. pag. mihi* 96. uti & apud Saxones, teste Carpzovio *defin. for. part.* 1. *constit.* 7. *defin.* 13. idque in quantum actione injuriarum conventus contendit, se megis injuriem perpessum esse, quam intulisse: nam ut injuriarum actione conventus, non ex injuria, sed vel ex contractu, vel alia simili causa, reconventionem faceret, haud visum fuit permittendum; alioquin enim, (ut cum Juliano Ulpianus elegenter ait) impune contumeliis & damnis homines afficientur, aut erit in potestate cujusque, pulsando eos, subjicere eos jurisdictioni, dum se vindicant, *l. consensisse* 2. §. *item in extra* 5. *ff. h. t.* Cancerius *var. resolut. part.* 2. *cap.* 13. *n.* 59. Non etiam impeditur unus ex pluribus reis, puta cohæredibus simul conventis, reconvenire actorem ex negotio, quod ipsi soli cum actore intercessit, nec ei cum ceteris ejusdem litis consortibus commune est. Et vice versa idem obtinet, si unus a pluribus cohæredibus actione quadam hæreditaria conventus, unum ex hæredibus alia ex causa vicissim debentem, mutua velit impetere conventione. Cum enim nomina & actiones ipso jure inter cohæredes divisæ sint, ac singuli separatim pro portione hæreditaria debeant, ipsisve debeatur, *l.* 2. §. *ult. l.* 4. *l.* 25. §. 9. 13. *ff. famil. ercisc.* consequens est, ut, etsi simul agant aut conveniantur, perinde tamen considerandi veniant, ac si singuli seorsim actionem intentassent, aut excepissent intentatam; tot denique videri debeant actiones motæ, quot personæ simul agunt aut conveniuntur, sic ut & singuli hæredes separatim pro sua quisque parte egere ac conveniri queant, *l.* 1. §. *si pecunia* 36. *ff. depositi*, *l.* 1. *C. de exception.* arg. §. *quot.* 18. *Instit. de inutil. stipulat. l. scire debemus* 29. *l. quod dicitur* 86. *ff. de verbor. oblig. l. quia dicitur* 32. *ff. de evict.* Berlichius *part.* 1. *conclus. pract.* 22. *n.* 14.

79 Observandum interim, neminem invitum constringi posse, ut apud eundem judicem, coram quo conventus est, vicissim ab actore petat. Cum enim supra monitum sit, actoris electionem esse, quo in loco reum, pluribus in locis forum competens sortientem, convenire malit; atque insuper in ipsius rei conventi utilitatem excogitatum sit reconventionis faciendæ jus; absurdum fuerit, eum hac privari electione, aut invitum ad id adigi, ut suo uteretur beneficio, cui unusquisque secundum juris principia potest renunciare. Si tamen reconvenire nolit, jus Romanum hanc ei ponit necessitatem, ut litem alio coram judice non ante moveat, quam post litis prioris illatæ finem, *novell.* 96. *cap.* 2. Jus quoque canonicum eandem necessitatem reo videtur imponere, nisi judicem illum in reconventionis causa suspectum habeat, *cap. dispendia* 3. *de rescriptis in* 6. Quæ, an & nostris moribus conveniant, haud immerito addubites; cum inter duos eodem tempore plures diversis in locis lites intercedere, quotidianum sit. Vide Merulam *praxi lib.* 4. *tit.* 43. *cap.* 1.

80 Sed nec illud negligendum, neque omni tempore, neque adversus omnes actores, neque apud omnem judicem, nec denique omni in actione, reconventionem promiscue admissam esse. Tempus quod attinet, etsi consultius reo sit, statim in ipso litis ingressu reconventionem facere, ad id ut pari passu lis utraque procedat, de quo in sequentibus *n.* 86. 88. tamen & postea in quavis judicii parte eandem fieri nihil vetat; dummodo meminerimus, tunc non ita eadem sententia litem reconventionis simul dirimendam esse: durat enim, pendente conventionis lite, eadem æquitatis ratio, quæ reconventionem introduci suasit; ut nempe actor judicem non dedignetur tanquam inidoneum in reconventione, quem in conventione ut idoneum agnovit. Quæ sententia, uti juri canonico conveniens est, *cap. dispendia* 3. *de rescriptis in* 6. quo scriptum est, *reum, si durante eodem judicio actorem sibi obnoxium dixerit, reconventionis beneficio apud eosdem judices experiri*; ita & juri civili congruit; dum generaliter definitum, *eum, qui non cogitur in aliquo loco judicium pati, si ipse ibi agat, cogendum actionem accipere*, *l. qui non cogitur* 22. *ff. h. t.* neutro scilicet jure distinctio temporis invenitur proposita, sed utrobique generalis definitio est, *durante judicio*, & *si ipse agat*, adeoque non tantum in litis exordio, sed & in omni judicii parte. Ac ne Justinianus quidem distinctione temporis circa reconveniendi potestatem usus est, sed & ipse simpliciter eam ad forum competens constituendum admisit, *l. cum Papinianus* 14. *C. de sent. & interlocut. omn. judic.* denique verbis satis manifestis id Papinianus significat, dum ait, in rem suam datum procuratorem, *post litis contestationem si vice mutua conveniatur*, compensationis æquitate usurum, *l. in rem suam* 18. *ff. de compensation.* illa etenim verba, *post litis contestationem*, neque recte conjunguntur cum primis legis istius verbis, quasi sensus esset, tum compensationi locum esse, cum post litem contestatam quis procurator in rem suam datus est.

Ne-

Neque etiam cum postremis, quasi JCtus voluisset post litem demum contastatam posse objici compensationem ab eo, qui in rem suam procurator constitutus est: nam & ante litem contestatam recte quemque in rem suam constitui procuratoram, certum est, & compensatione uti, dicetur *tit. de compensat.* ac colligi potest arg. *l. si delegatio* 5. *Cod. de novat. l. procurat.* 55. *ff. de procurat.* Ut proinda non aliud restet, quam ut *litis contestationem* ad ipsam referamus mutuam petitionem, tanquam lite jam contestata adhuc permissam. Quod autem in *novell.* 96. *cap.* 2. ab Imperatore constitutum est, reum, si sibi obnoxium arbitretur eum, a quo conventus est, eundem *mox a principio* debere reconvenire, non alio pertinet, quam ad id, ut lis utraqua simul decurrat, seu, ut Imp. ait *similiter lis utraque exerceatur*. Etsi ergo reconventio, post litem demum contestatam cœpta, illud non operetur, ut simul utrique disceptationi eodem temporis finis imponatur; efficit tamen, ut actor nequeat per declinatoriam fori exceptionem sese judicis ejusdem cognitioni subducere ac jurisdictioni. Vide varie sentientes Berlichium *part.* 1. *concl. pract.* 22. *n.* 48. *& seqq.* Cancerium *var. resolut. part.* 2. *cap.* 13. *n.* 2. *& seqq.* Christinæum *ad leg. Mechlin. tit.* 1. *art.* 24. *n.* 4. *& seqq. & vol.* 4. *decis.* 94. *n.* 6. 7. Merulam *praxi lib.* 4. *tit.* 43. *cap.* 2. *&* 4. Carpzovium *defin. forens. part.* 1. *constit.* 7. *defin.* 2. Zangerum *de exception. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 383. Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 27. *n.* 4. Post litem conventionis, jam judiciali sententia terminatam, reconventionem frustra fieri, inter omnes fere convenit: nequa enim ullo tempore mutuæ petitiones dici possunt, quarum una jam finem habuit, antequam alterius initium esset, Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 6. *defin.* 2. Sed nec in appellatione a sententia definitiva, si prætermissa fuerit in prima lite, Psittacus Hollandiæ *tit.* 25. van Appel. *pag. mihi* 303. *in pr.* non ea quidem ratione, quæ est apud Ant. Fabrum *Cod. lib.* 8. *tit.* 24. *defin.* 2. *in fine*, quasi reconventio ante litem contestatam fieri debeat, per appellationem autem judicatum quidem, at non litis contestatio extinguatur: contrarium enim jam demonstratum est: sed potius, quod judex in appellatione de eo tantum cognoscere dabeat ac dafinire, utrum a judice inferiore recta au perperam judicatum sit, atque adeo officium ejus haudquaquam sese possit extendere ad ea, de quibus in prima lite nequa cognitio intarposita, nequa sententia lata est. Confirmatque hanc sententiam Papinianus ac Ulpianus, dum ajunt, illum, qui provocationis interpositæ gratia Romam venit, non adigendum, ut aliam illic litem excipiat, sed jus revocandi domum habere; ratione addita, quoniam ob aliam causam eo venerat vel evocatus erat, *l. consensisse* 2. §. *legatis* 3. *vers. ei quoque ff. h. t. l. ad cognitionem* 13. *ff. quib. ex causis in possess. eatur.* Barlichius *part.* 1. *practic. conclus.* 22. *n.* 22. Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 6. *defin.* 1. Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 27. *n.* 5. Quibus non advarsantur quæ a Wilhelmo Grotio in manuduct. ad praxin Batavic. *lib.* 1. *cap.* 9. *n.* 24. tradita & usu quotidiano evidentia sunt, posse scilicet eum, adversus quem appellatio ad judicem superiorem facta est, etiam vicissim appellatione uti, & ita quasi reconvenire appellantem, ubi non omnia sibi ex voto adjudicata videt, (vulgo *grieven a minima proponeren*) neque enim ista reconventionis species appellationi adversa est; cum hic judex superior non de aliis judicium interponat, quam quæ prima fuerant lite decisa. Circa tempus tamen reconventionis faciendæ (ut hoc addam) Instructione Curiæ Flandricæ *art.* 303. cautum invenio, post litem plene contestatam admittendum non esse reum, invito actore, ad faciendam reconventionem. Contra, jure Saxonico non nisi finita lite conventionis, reconventionem fieri placuit, teste Berlichio *conclus. pract. part.* 1. *concl.* 20. *num.* 53. *& seqq.* Carpzovio *def. for. part.* 1. *const.* 7. *defin.* 7.

81 Non etiam adversus omnes actores reconventionem instituti posse constat, sed demum, si nomine proprio actionem intentaverint. Proinde etsi tutor, curator, procurator, administrator, aliique similes pro pupillis ac aliis, quorum curant negotia, agentes, reconveniri quidem possint da eo, quod vicissim pupilli ac reliqui, pro quibus in judicio consistunt, reo convento dicuntur debere; non tamen de eo, ad quod dandum, faciendum, præstandum, restituendum ipsi nomine suo proprio, non qua tutores aut administratores, obligati sunt; ne, dum forte reconventionis metu ipsam conventionis litem intentare reformidant, ac differunt, commoda pupillorum, eorumva, quorum res gerunt, neglecta depereant. Uti vica versa tales suo nomine proprio experientes reconventionem pati non tenentur de eo, quod reo convento debitum ab his, quorum tutelam aut negotia tractant. Eoqua facit, quod tutori, pupillorum nomine petenti, nullo jure objicitur compensatio pecuniæ, quam ipse tutor suo nomine advarsario debet, *l. pen. ff. de compensat.* Cancerius *variar. resolut. part.* 2. *cap.* 13. *n.* 13. *& seqq. vers. quæro secundo*, Berlichius *d. part.* 1. *concl. pract.* 22. *n.* 12. 15. Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *const.* 7. *defin.* 6. Brunnemannus *ad l.* 53. §. 3. *&* 4. *ff. de procurat.* Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 27. *n.* 6.

82 Sed nec unus ex sociis, communi societatis nomine actionem movens, reconventionem pati tenetur nomine ajus, quod ipse privatim, non societatis intuitu, reo debet; aut vice versa tum, quia nec compensationem in tali casu admitti censent, ut dicam *tit. de compensat.* tum, quia non ita singuli socii, ut quidem hæredes singuli secundum ante dicta, tanquam actores separati considerari possunt, nec pro sociorum numero multiplicati censentur actores aut actiones, quando societatis nomine lis movetur, sed magis una actio est universitatis sociorum; quemadmodum non multiplex, sed una tantum obligatio & actio est, cum non res singulæ, sed rerum universitas in conventionem deducta est, *l. scire debemus* 20. *l. quod dicitur* 86. *ff. de verbor. obligat.* tum denique, quia universitati sociorum debitum non singulis, qua singulis, debitum ast, arg. *l. sicut* 7. §. 1. *ff. quod cujusque universit. nomine*, nec reus conventus tam cum actore, quam potius cum societate contraxisse videtur;

ac

ac proinde alia qualitate reconveniretur actor quam qua Primitius cœpit experiri; agendo scilicet societatem ac socios conjunctim repræsentans, in conventione autem ex propria tantum persona privatim consideratus. Berlichius *d. part.* 1. *concl. pract.* 2. *num.* 18.

83 Similiter nec actor reconventionem pati tenetur ab eo, quem reus ad sui defensionem vocavit, ut puta, si emptor aliusve similis de re sibi vendita, aut aliis ex causis quæsita litem patiens, auctori denunciaverit, ut sibi assistat, aut se defendat, ac ab ea actione, qua convenitur, præstet indemnem. Cum enim actor in conventione nullam auctori, sed emtori similibusque litem moverit, absurdum esset, auctorem nulla lite ab actore interpellatum, reconventionem facere, quæ utique præcedentem supponit ac requirit conventionem, Cancerius *variar. resolut. part.* 2. *cap.* 15. *circa fin. n.* 61. *& seqq.* versu, *tandem*. Secus quam obtineret, si auctor ab emtore, & similibus vocatus, ut liti assistat, vocantem ipsum vellet reconvenire: est enim eo casu emtor non alio quam actoris loco habendus, auctor vero considerandus tanquam reus; adeoque deesse tunc nequaquam videntur termini habiles ad mutuam petitionem movendam, Christinæus *vol.* 4. *dec.* 94. *n.* 5.

84 Quod si in rem suam constitutus procurator actione cessa agat, non aliter reconventionem, quam cedens pati debuerat, ipse pati, ac defendere cessionarium tenetur, quam si in fraudem eorum, qui invicem agere vellent, negotium gestum sit; si modo hic procurator in rem suam non cessis directis, sed utilibus actionibus, experiatur. Sciendum enim, eos, quibus nomen aut venditum aut donatum aut legatum est, non modo procuratorio nomine directas actiones, ex cessione sibi quæsitas, in judicium deducere, sed & utiles velut sibi proprias suo nomine posse intentare; sive hæreditate vendita de actionibus hæreditariis quæstio sit, sive singulare nomen titulo singulari fuerit translatum, *l. emtor hæreditatis* 5. *l.* 7. *l.* 8. *l.* 9. *C. de hæred. vel act. vend. l. si cum emtore* 16. *ff. de pactis*. Ubi ergo utilibus cessionarius contendit actionibus, cum non alium repræsentet, sed suo nomine in lite subsistat, æquum visum non fuit, eum reconventione adstringi ad subeundam cedentis defensionem, cujus personam non sustinebat in conventione; nisi fraude probata, cui nullum a legibus patrocinium est, arg. *l. si quis in rem* 34. *ff. de procurator*. Sed si in rem suam constitutus procuratorio nomine, atque adeo directis actionibus mandatis, agat; distinguendum, utrum necessitate cogente, an ex libera voluntate cessio facta sit. Si ex necessitate, reconventionis causam, quæ cedenti poterat moveri, suscipere non compellitur, *l. servum* 33. *§. ult. ff. de procurat.* veluti si judicio familiæ erciscundæ nomina hæreditaria uni ex hæredibus adjudicata sint, *l. plane* 3. *ff. famil. ercisc.* vel uni ex pluribus tutoribus aut fidejussoribus solidum solvere parato per pupillum aut creditorem actiones contra reliquos contutores aut confidejussores cessæ fuerint; vel alia quacumque ex causa contigerit actiones mandari, ad id, ut vel indemnitatem consequatur mandatarius, vel damni, alioquin ob cessionem non factam imminentis, periculum evitet. Neque hæc juris nostri definitio ratione destituitur: etsi enim regulariter mandatas exercens actiones eo jure uti debeat, quo is, cujus persona fungitur, *l. emtor* 5. *C. de hæred. vel act. vendita*, novum tamen non est, ut subveniatur hominibus, ex necessitate quid facientibus, quibus non succurreretur, si sponte sua accessissent ad illud faciendum; uti id evincunt exempla in *l. si fidejussor* 7. *§.* 1. *l. de die* 8. *§. tutor* 5. *ff. qui satisd. cog. l. & si post tres* 8. *§. si qui caution. in jud. sist. causa fact. non ob temp.* junct. *l. stipulatio ista* 38. *§. alteri* 17. *ff. de verbor. obligat.* Sande *de cessione actionum cap.* 10. *n.* 4. *&* 5. Berlichius *part.* 1. *conclus. practic.* 22. *n.* 25. Hæc ita in cessione necessaria; sin a libero processerit arbitrio actionum mandatum, nonnullis placuit, procuratori in rem suam indistincte impositam esse necessitatem excipiendi reconventionem, quæ ante cessionem ipsi potuerat cedenti inferri, Ant. Fab. *conject. lib.* 14. *cap.* 10. Donell. *comment. jur. civil. lib.* 18. *cap.* 13. *ante med.* versu, *sed tamen hoc*, Sande *de cessione actionum cap.* 10. *n.* 3. 7. *& seqq.* Sed ne vel emendationi temere nimis cum Fabro indulgeamus, vel cum Donello ac Sandio frustra simus in quærenda cessionis necessitate, quæ vere nulla est in facti speciebus in *l. si quis in rem* 34. *l. pater filio* 70. *ff. de procurator.* religio mihi fuerit, a vulgata recedere interpretum sententia, distinguentium intercessionem voluntariam, quæ ex titulo oneroso, & eam, quæ ex lucrativo secuta est. Ut, si ex titulo oneroso interposita fuerit, non aliter reconventio & cedentis defensio cessionario imponenda sit, quam si in fraudem reconventionis actionum cessio fabricata doceatur: sin ex lucrativa causa, omni modo cessionarius ad causam quoque reconventionis ex capite cedentis defendendam compelli debeat. Priorem sane distinctionis assertionem satis evincit, *d. l.* 34. *ff. de procurat.* de emptore hæreditatis tractans, qui, ut ex libera voluntate eam emit, nullo imminente rei familiaris damno, etsi ab ea abstinuisset emtione; ita & sequelam venditionis, actionum nempe hæreditariarum cessionem & exercitium sponte sua obtinuisse credendus est, nisi quis eadem ratione omnium actionum venditarum cessionem acquisitioni ex necessitate factæ voluerit accensitam; quod quantum a vero recedat, supervacuum est dicere. Posterius membrum evidenter apparet ex *d. l. pater filio* 70. *ff. de procurator.* ubi is, cui nomen ex lucrativa fideicommissi causa relictum fuerat, non aliter mandata per hæredes actione uti potest, quam si eosdem defendat adversus eum ipsum debitorem, cui hæredes illi ex alia ejusdem defuncti testatoris hæreditaria causa, veluti tutelæ administratione, obnoxii fuerant. Et quid quæso justius, quam ut is, qui ex alieno capite commodum sentit, illudque in judicio persequitur, incommoda quoque sentiat, ac defendat eodem judicio eum, ex cujus beneficio ac liberalitate jus agendi habet? arg. *l. secundum naturam* 10. *ff. de reg. juris*, aut quid obsecro, interest, utrum quis ex capite cedentis patiatur reconventionem, an ex ejusdem cedentis persona doli exceptione opposita repulsam ferat; & tamen indubium est, eum

eum quidem, qui ex lucrativa causa, non item eum, qui ex onerosa procurator in rem suam factus est, exceptione doli per cedentem commissi repelli posse, *l. apud Celsum* 4. §. *si cum legitima* 28. *in fine* & 92. *ff. de doli mali & met. except.* Neque hanc inter cessiones ex causa onerosa & lucrative factas distinctionem impugnat Ulpianus in *l. servum* 33. §. *ult. ff. de procurator.* generaliter definiens, *procuratorem in rem suam adhuc debere mandantem defendere.* Nam, cum illa regula restringatur limitatione una mox in eodem §. *ult.* subjuncta, *nisi forte ex necessitate fuerit factus procurator in rem suam;* atque insuper altera per Gajum in sequenti *lege* 34. proposita, scilicet, nisi bona fide & non in fraudem eorum, qui invicem agere vellent, cessio ex causa emtionis, adeoque titulo oneroso facta sit; consequens est, regulam illam Ulpiani, de procuratore in rem suam constituto conceptam, veritatem non invenire, nisi in cessionibus ex causa lucrative factis, itemque in illis, quæ ex causa quidem onerosa, sed in fraudem reconventionis, ac ejus eludendæ gratia, erant interpositæ.

85 Sed nec apud omnem judicem reconventio recte fit. Etsi enim nihil intersit, utrum judex ordinarius an delegatus sit, aut etiam certis tantum causis judicandis constitutus, quoties reconventio etiam ex tali causa fit, quæ ejus potestati & cognitioni commissa est, arg. *l. cum Papinianus* 14. *C. de sent. & interlocut. cap.* 1. *extra, de mutuis petitionibus*, Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 35. *n. ult.* Menochius *de arbitrar. judic. lib.* 1. *quæst.* 44. *n.* 2. & *seqq.* non tamen indulgendum est, reconventionem fieri apud eos de causis talibus, quæ ne ex speciali quidem Jurisdictionis prorogatione possent per eos determinari: veluti si conventus apud judicem ordinarium de re non feudali, adversarium vellet de re feudali (cujus peculiarem judicem esse, post dicetur) reconvenire; aut vice versa de re feudali apud judicem feudalem impetitus, eundem de negotio ad ordinarii judicis notionem pertinente tentaret vicissim interpellare. Quod & aperte constitutum apud Hollandos Instructione novissima Curiæ Feudalis Hollandicæ 7. *Aprilis* 1661. *art.* 9. *vol.* 2. *placitor. Holl. pag.* 2648. si modo prima instantia, & non per appellationem, curia cognoscet. Idemque jus est in causis omnibus, quæ judicum ordinariorum jurisdictioni subductæ, peculiarem ex legislatoris auctoritate judicem sortitæ sunt, si de his non ita Jurisdictioni judicis ordinarii relictis mutua petitio apud eum instituere'ur; aut contra, veluti in Hollandia alibique de causa possessionis, Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *const.* 7. *defin.* 3. *n.* 3. & *seqq.* Berlichius *pract. conclus. part.* 1. *conclus.* 12. *n.* 18. 19. Neostadius *Cur. sup. decis.* 127. Menochius *de arbitrar. judic. lib.* 1. *cap.* 44. *n.* 11. & *seq.* Mynsingerus *cent.* 4. *observ.* 90. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 40. *n.* 6. & *seqq.* Zangerus *de exceptionibus part.* 2. *cap.* 1. *n.* 378. & *seqq.* Eoque faciunt, quæ tradidi *tit. de jurisdictione*, circa prorogationem. Disseut. Cancerius *var. resolut. part.* 2. *cap.* 15. *n.* 53. & *seqq. vers. quæro decimo.* Quod si quantitatis intuitu judicis potestas limitata sit, uti ex prorogatione per litigantes facta etiam de majori quantitate judicare potuit, *l. inter convenientes* 28. *ff. ad municipal. l. de qua re* 74. §. 1. *ff. h. t.* ita & ex reconventione; sic ut is, qui quantitatem minorem petit, judicis potestatem non excedentem, recte mutue conveniatur actione, ad eam quantitatem tendente, quæ supra judicis istius jurisdictionem est, *l. si idem.* 11. §. 1. & *seqq. ff. de jurisdictione*, nisi judicibus delegatis causæ minores demandatæ fuerint, justitiæ promptius faciliusque expediendæ gratia, majoris quantitatis negotiis ordinario judici reservatis: tunc enim, uti prorogatio admittenda non est, per rationes in *tit. de jurisdictione n.* 35. propositas, ita nec reconventionem admitti, ex iisdem fundamentis verius est, quoties praxis contraria non apparet, Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 7. *defin.* 4. *n.* 5. & *seqq.* Confer Christinæum *ad leg. Mechliniens. tit.* 1. *art.* 16. *n.* 2. & *seqq.*

86 Denique nec omnibus in causis reconventio probate est. Etenim, implorato tantum extra ordinem judicis officio, sic ut illa imploratio non sit actionis loco, neque tendat ad rei jurisve nostri persecutionem, sed tantum ad actum aliquem expediendum, velut insinuationem alteri faciendam, aut simile quid, reconventio admittenda non videtur; cum reconventio præcedentem requiret conventionem, conventio autem judicialis non sit, ubi nihil ab adversario petitum est, nulleve actio instituta, arg. *l. libertus* 14. *l.* 15. *ff. de in jus vocando, l. quæsitum* 5. *ff. ad Senatuscons. Turpillian.* Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 6. *defin.* 5. Sed si imploratio extraordinaria auxilii judicialis actionem contineat, aut actionis vim, seu juris nostri a tertio persecutionem, nihil vetat, quominus mutua petitio admittenda foret, etiamsi causa petitionis non observato solito judiciorum ordine, sed de plano vel summarie expedienda veniet: nam & eum, qui vel interdicto vel præjudiciali actione experitur, vel legatorum aut damni infecti nomine cautionem postulat, reconventum, defendere cogendum, Ulpianus notat, *l. sed & hæ* 35. §. *non solum* 2. *ff. de procurat.* & extraordinaria de salariis petitio apud præsidem facta efficit, ut de mutuis quoque petitionibus idem jure judicet, *l.* 1. §. *ult. ff. de extraord. cognit.* Sande *d. loco*, ac quamvis in deposito, & causis momentaneæ possessionis seu spolii, compensatio non admittatur, ne retardetur depositi restitutio, *l. pen. C. depositi l. ult.* §. 1. *C. de compensat. cap.* 1. *extra, de restitut. spoliat. cap. ult. extra, de ordin. cognit.* quo fundamento nonnullis placuit, reconventionem quoque denegandam esse: verius tamen est, ei locum fore, cum generalis reconventionis æquitas & hic usum inveniat eatenus, ut depositi agens, aut restitui adversus spolium desiderans, eundem debeat agnoscere judicem, alia ex causa vicissim conventus, neque id uspiam nominatim inveniatur prohibitum; ac a compensatione ad reconventionem non omni ex parte argumentum procedat Zoesius *ad tit. ff. depositi n.* 10. 11. Similiter etsi alimentorum futurorum causa celerem desideret definitionem, adeo ut per appellationem suspendenda non videatur interposita de iis præstandis decreti executio, arg. *l. ult. ff. de appellat. recip. vel non*, nec compensatione objecta videatur interim mora præstationi eorundem injicienda, ut plenius dice-

tur *tit. de compensat.* tamen & hic reconventum fori exceptione declinatoria cariturum ratio superius adducta suadet. Generaliter namque tenendum est, tum in casibus jam enumeratis, tum in aliis quibuscumque summariis in judicium deductis, reconventionem ad id saltem proficere posse, ut actor summaria agens actione, judicem eundem agnoscat mutua conventus petitione, & ita competens ibi forum sortiatur, Berlichius *part.* 1. *conclus. pract.* 22. *n.* 31. *& seqq.* Quamvis eo casu neque pari passu lis utraque decurrere debeat, neque eadem pariter sententia finiri, *d. cap. ult. extra, de ordine cognit.* ne causa non privilegiata, quæ servatis omnibus litium solemnibus ac dilationibus expedienda est, causæ privilegiatæ officiat, moramque injiciat contra leges, celeritatem in ea terminanda præcipientes; lite scilicet reconventionis post latam in conventione sententiam deinceps ulterius ad finem perducenda, sive victus in conventione appellandum censuerit, sive sententiæ latæ acquiescendum: Nisi causa reconventionis æque, ac conventionis, summaria, & privilegio celerioris expeditionis donata sit, Merula *praxi lib.* 4. *tit.* 43. *cap.* 6. *n.* 4. Ut proinde cavendum sit a Cancerio aliisque ab eo allegatis, existimantibus, causam reconventionis ordinariam assumere naturam causæ conventionis, & pariter cum causa conventionis summaria, quasi & ipsa summaria esset, debere finiri, *Variar. resol. part.* 2. *cap.* 13. vers. *quæro septimo n.* 39. *& seqq.*

87 Interim silentio haud prætermittendum, usu fori Hollandici reconventionem in interdicto quidem quorum bonorum, & aliis similibus adipiscendæ possessionis reprobatam non esse; at nequaquam in interdicto unde vi & causa spolii admissam, quoties quis adversus vim aut turbationem auxilium implorat, impetratis decretis, quæ appellant *mandementen van spolie, & mandementen van maintenue en complainte*: ita de praxi testante Wilhelmo Grotio *in sua praxi fori Batavici lib.* 1. *cap.* 9. *n.* 23. Alphenio *in suo formulario part.* 1. *cap.* 14. *fere in fin. pag. mihi* 113. *& cap.* 15. *pag.* 119. vers. *den gedaagde & cap.* 16. *pagina mihi* 129. vers. *in complainte.* Adde Wassenaar *pract. jud. cap.* 14. *n.* 9. 10. Berlichium *pract. conclus. pract.* 1. *concl.* 22. *n.* 20. ubi *& n.* 24. post Andr. Gayl. *lib.* 1. *de pace publica observ.* 12. definit, in causa fractæ pacis publicæ cessare reconventionem.

88 In quibus autem causis hic reconventionis effectus est, ut pari passu unoque tempore & eadem sententia conventionis & reconventionis judicium finiatur, quandoque tamen ob quasdam circumstantias accidere potest, ut judicis officio conventionis causa separetur a causa reconventionis, & alterutra sola sine altera terminetur; puta, si judici prius evidenter liqueat de una causa, cum altera illiquida prorsus esset, multisque ambagibus ac ambiguitatibus etiamnum involuta, Christinæus ad *leg. Mechliniens. tit.* 1. *art.* 24. *n. tertio.* Mynsingerus *cent.* 1. *observ.* 10. Ut &, si reconveniens nihil deinceps urgeat, aut producat, Mynsingerus *cent.* 1. *observ.* 10. Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 46. Van Alphen *in formulario part.* 1. *cap.* 1. *n.* 17. 18. 19. *pag. mihi* 39. *in princ.* aut si demum post litem contestatam reconventio facta sit, Zangerus *de except. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 383. Christinæus *vol.* 4. *decis.* 94. *n.* 6. Idemque obtinet, si quis semel, iterum, tertioque citatus, sui copiam non fecerit, deinceps autem ante sententiam sese sistens mutua actorem convenerit petitione; eo quod quæ post talem contumaciam fiunt, perinde habenda sunt, ac si post litem vere contestatam facta essent, Ant. Faber *Cod. lib.* 3. *tit.* 1. *defin.* 25. Sed quibus in casibus, definita conventionis lite, reconventionis causa adhuc pendens ac indecisa relinquitur, liberum tamen ex jure hodierno est reconvenienti jam condemnato, debitam ex condemnatione pecuniam consignare ac arresto (ut loquuntur) gravare pro eventu litis, ex reconventione etiamnum pendentis, donec ille idoneam præstiterit cautionem, sive civis, sive peregrinus sit, qui reconventione impetitus est; etsi de cive id juris Saxonici interpretibus displiceat, Berlichius *practic. concl. part.* 1. *concl.* 22. *n.* 59. 60. Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *const.* 7. *defin.* 19.

89 De cetero illum, qui mutua actione reconventus est, non posse rursus adversarium iterata infestare reconventione, rationi conveniens est; ne alioquin in infinitum prope tentatis ac reciprocatis reconventionum vicibus, lites immortales redderentur, aut saltem varia illa litium multiplicatio inter eosdem in judicio confusionem pareret; summamque litium finiendarum difficultatem, Merula *praxi lib.* 4. *tit.* 43. *cap.* 3. *n.* 3.

90 Forum præterea competens fecit *causæ continentia*, quam separari, legibus interdictum est: neque enim visum fuit æquum, apud diversos ventilari judices, quod in uno eodemque judicio commodius poterat terminari, *l. nulli* 10. *C. h. t.* Qua de re latius *ad tit. de quibus reb. ad eundem judicem eatur.*

91 Amplius *originis locus*, seu patria jure civili forum competens effecit, sic ut vel in eo municipio, in quo quis civis erat, seu originarius, vel in eo, ubi incola tantum erat, recte in jus vocaretur: municipali quippe jurisdictioni, in utroque municipio subjectus, *l. incola* 29. *ff. ad municipalem.* Est autem originis locus, in quo quis natus est, aut nasci debuit; licet sorte re ipsa alibi natus esset, matre in peregrinatione parturiente, *l. filios* 7. *C. de municipibus & originariis*, *l.* 1. *princ. & §§. seqq. ff. ad municipalem*, Mascardus *de probat. conclus.* 1147. *n.* 3. Christinæus *vol.* 5. *decis.* 33. *& ad leg. Mechliniens. tit.* 5. *art.* 9. *n.* 5. (quem tamen vide sibi fere contrarium *ad leg. Mechliniens. tit.* 5. *art.* 4. *n.* 4.) & si ex vico ortus sit, eam patriam habere intelligitur, cui reipublicæ vicus ille respondet, *l. qui ex vico* 30. *ff. ad municipal.* Nam & qui in insula nati sunt, ejus regionis originales dici possunt, ad quam ista insula pertinet: insulas enim Italiæ esse partem Italiæ sicut cujusque provinciæ, Ulpianus scripsit *l. insulæ* 9. *ff. h. t.* sequiturque filius ex justis nuptiis quæsitus patris, non matris originem ac conditionem, nisi materna origo privilegio munita sit: vulgo quæsitus non aliam, quam matris originem sequi potest, *d. l.* 1. *§.* 2. *ff. ad municipal. l. cum legitimæ* 19. *ff. de statu homin.* Tametsi vero nativitas demonstrat originis locum, ac ea-

eatenus nemo originem mutare potest, *l. pen. C. de municip. & originar. l. adsumtio* 6. *l. incola & his* 29. *ff. ad municipalem; l.* 1. *ff. de decurion.* tamen & ex juris fictione originarius quis esse creditur eo in loco, in quo neque natus est, neque nasci debuit. Nam & manumissio manumissum reddit originarium loci ejus, in quo patronus originarius est, adeo ut a pluribus manumissus, omnium patronorum originem sequatur, *l. cives* 7. *C. de incolis, l.* 1. *adsumptio* 6. *§. ult. l.* 7. *ff. ad municipalem*, quod minus miraberis, si consideres, manumissos frequenter tum nomen patroni sui assumsisse, tum familiam ejus esse secutos, docente Brissonio *antiq. lib.* 2. *cap.* 14. *pag. mihi* 122. 123. Sande *de prohibita alienat. part.* 3. *cap.* 6. *n.* 8. Nec minus illud adoptio operatur, in quantum adoptato adjicitur per adoptionem originis novæ temporarium jus in loco, ubi adoptans originarius est; duraturum usque ad adoptionis dissolutionem, *d. l.* 1. *l. ordine* 15. *§. ult. l.* 16. *ff. ad municipalem, d. l.* 7. *C. de incolis*. Denique & communem originis locum, seu patriam omnibus civibus Romanis, ubicunque natis, Romani Romam constituerunt, *l. Romæ* 33. *ff. ad municipalem*, considerantes scilicet ingentem hominum ex propriis patriis undiquaque ad maximam illam & pulcherrimam urbem confluxum; *Aspice, agedum*, (inquit Seneca consol. ad Helviam matrem cap. 6.) *hanc frequentiam, cui vix urbis immensa tecta sufficiunt. Maxima pars illius turbæ patria caret; ex municipiis & coloniis suis, ex toto denique terrarum orbe confluxerunt. Alios adducit ambitio, alios necessitas officii publici, alios imposita legatio, alios luxuria, opulentum & opportunum vitiis locum quærens, alios liberalium studiorum cupiditas, alios spectacula; quosdam traxit amicitia, quosdam industria latam ostentandæ virtuti nacta materiam: quidam venalem formam attulerunt, quidam venalem eloquentiam: nullum non hominum genus concurrit in urbem & virtutibus & vitiis magna pretia ponentem.* In hac ergo communi patria (licet in materia in integrum restitutionis milites, qui Romæ militabant, Pro reipublicæ causa absentibus habitos fuisse, Ulpianus tradat, *l. milites* 7. *ff. ex quib. caus. majores.*) unusquisque conveniri poterat, nisi jus revocandi domum habuisset; quales erant, qui tutelæ reddendæ causa, vel appellationis, vel restitutionis petendæ, vel testimonii dicendi gratia, Romam venerant, *l. consensisse* 2. *§. legatis* 3. *& §.* 4. *ff. h. t.* Præcipue legati, qui Romæ, aut alio in loco legationis causa existentes, ibidem cum effectu conveniri nequeunt, dum funguntur legatione, de debito in sua civitate aut provincia sua contracto, *d. l.* 2. *§.* 3. *& §. item si extra* 5. *l. si quis in legatione* 8. *ff. h. tit. l. cum quæritur* 3. *ff. de legation.* Imo, licet simpliciter quis eorum ante legationem promisisset, se Romæ soluturum, tamen ipso legationis tempore frustra Romæ conveniretur, *l. eum, qui* 5. *§. Julianus* 1. *ff. de constit. pecunia, d. l.* 2. *§. omnes autem* 4. *ff. h. t.* secus quam obtineret, si ante legationem specialiter promisisset, se legationis tempore soluturum, *l. cum quæritur* 3. *ff. de legation.* aut tempore legationis deliquisset, aut contraxisset principaliter in loco legationis: non enim habet jus revocandi domum, ibidem durante legatione conventus; ne alioqnin potestas detur legatis sub hac specie res alienas domum auferendi, *d. l. non alias* 24. *§.* 1. *l. si legationis* 25. *ff. h. t.* idemque est, si in arbitrium compromisisset, *l. non distinguemus* 32. *§. item si* 9. *ff. de receptis*, vel pro alio fidejussisset legationis tempore & loco, *l. cum furiosus* 39. *§.* 1. *ff. h. t.* non item si tempore legationis constituisset simpliciter sine loci adjectione, se soluturum, quod ipse in provincia ante legationem debuerat, *l. si quis in legatione* 8. *ff. h. tit.* de qua quæstione plenius *ad tit. de constituta pecunia in fine*. Quin & legatum Romæ reconveniri posse obtinuit, si ipse prius ibidem agat non injuriæ sibi illatæ vindicandæ gratia *l. consensisse* 2. *§. item si extra* 6. *ff. h. t.* aut divortio intercedente legationis tempore, uxor ab eo dotis petat restitutionem, dotis favore, *l. si uxor* 42. *ff. h. t.* Ut &, quatenus in munere legationis non impeditur; quo fundamento si legationis tempore hæreditatem adierit, ad solvendum quidem haud recte convenitur a creditoribus aut legatariis; sed tamen ad satisdandum compellitur; uti & ad cautionem damni infecti nomine interponendam; alioquin missionem passurus in bonorum hæreditariorum aut rei vitiosæ possessionem, *l. de eo autem* 26. *l.* 27. *l.* 28. *§.* 5. *ff. h. tit.* Ceterum nostris & plerorumque moribus originem & mutabilem esse quantum ad effectus, & non tribuere forum competens, quoties ibidem reus non invenitur; excepto solo majestatis crimine; notat post alios Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 7. *n.* 11. Zengerus *de except. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 68. *& seqq.* Responsa JCt. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *cons.* 196. *n.* 2. 3. Burgundus *ad consuet. Flandr. tractat.* 2. *n.* 3. *& seqq.* Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 9. *not.* 1. *n.* 3. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 36. *n.* 7. *& seqq.* Struvius *ad Pand. h. t. n.* 19. Brunnemannus *ad l.* 3. *C. de municip. in fine*.

92 *Domicilii* quoque intuitu conveniri quisque potest, in eo scilicet loco, in quo larem, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, undeque cum profectus est, peregrinari videtur, *l. cives* 7. *C. de incolis, l. senatores* 2. *C. ubi senat. vel clar.* seu, Alfenus ait, ubi quisqus sedes & tabulas habet, suarumque rerum constitutionem fecit, *l. in lege censoria* 203. *ff. de verb. signif.* Quid in definitione sit, *larem constituere* exponit Zangerus *de exception. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 15. *& seqq.* Differt autem hoc *domicilium* proprie dictum ab *origine*; est enim *origo* ex necessitate a natura ac nativitate, & una tantum regulariter, non multiplex; nec sine origine quisquam esse, neque mutari illa aut emitti originarii arbitratu potest, si jus Romanum spectes, *l. adsumptio* 6. *pr. ff. ad municipalem*, nisi quod mulier, quamdiu nupta in domicilio mariti moratur, & senator, muneribus ibi, unde originem trahit, fungi non tenetur, *l. municeps* 23. *l. ult. §.* 3. *ff. ad municipalem*. Contra vero *domicilium* ex libera constituitur mutaturque patrisfamilias voluntate; neque repugnat, etiam sine domicilio civem Romanum esse, dum domicilio relicto navigat aut iter facit, quærens,

sens, quo se conferat, atque ubi constituat, *l. ejus, qui* 27. §. *Celsus* 2. *ff. ad municipal.* uti vicissim prudentibus placuit, duobus locis posse aliquem habere domicilium, si utrobique ita se instruxit, ut non ideo minus apud alteros se collocasse videatur, *l. labeo* 5. *l. adsumptio* 6. §. *viris* 2. *d. l. ejus qui* 27. §. *Celsus* 2. *ff. ad municipal. l. pen. ff. de senatoribus*, Zangerus *de except. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 89. *& seqq.* quo etiam casu electio videtur actori tribuenda, in cujus domicilii loco reum velit convenire, secundum ea, quæ ante de plurium sororum concursu dicta; arg. *l. arbitraria* 2. §. *Scævola* 3. *ff. de eo, quod certo loco*, Hilligerus Donell. *enucl. lib.* 17. *cap.* 11. *lit. g.* Struvius *ad Pand. h. t. n.* 26. *in fine*, nisi malimus, eum conveniendum esse in eo domicilio, ubi tempore in jus vocationis cum uxore & liberis aut familia moratur, cum Peckio de *jure sistendi cap.* 59. *n.* 4. & Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 5. Interim inficias haud eundum, quin in dubio unusquisque domicilium ipso potius originis loco, quam alibi, præsumatur habere: cum enim ab initio jus domicilii a patre in filium translatum sit, atque ita filius secutus sit domicilium habitationis paternæ, consequens est, ut is, qui id mutatum contendit, hoc ipsum probet; cum in eodem statu res unaquæque mansisse credatur, donec contrarium demonstratum fuerit, arg. *l. filios* 3. *C. de municip. & originariis, l. libertus* 17. §. *patris domicilium* 11. *ff. ad municipal.* Cujacius *ad d. l.* 3. *C. de municip.* Zangerus *de exception. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 9. *& seqq.* Mascardus *de probation. part.* 2. *concl.* 535. *n.* 1. Christinæus *vol.* 5. *decis.* 21. *num.* 12. 13. Responsa JCtor. Holland. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 138. *n.* 21. Struvius *ad Pand. h. t. n.* 19.

93 Dividitur domicilium, quod aliud voluntarium sit, dum id suo quisque constituit arbitrio; aliud necessarium, veluti quod relegatus habet durante relegatione in eo loco, ad quem relegatus est, licet & in eo loco, unde arcetur, domicilium retinere possit, in quantum habet revertendi propositum, *l. filii* 22. §. *relegatus* 3. *l. ejus, qui* 27. §. *ult. ff. ad municip.* militem quoque necessarium fovere domicilium in loco, ubi meret, si nihil in sua patria possideat, responsum est, *l. municeps* 23. §. 1. *ff. ad municipal.* nec male necessario domicilio adnumeraveris, quod ei, qui ex municipio vel provincia oriundus, & in senatorum ordinem Romæ cooptatus est, ex dignitate adjicitur; sic ut & pristinum retineat, & novum Romæ videatur constituisse, *l. pen. ff. de senatorib.* arg. *l. senatores* 2. *C. ubi senatores vel clariss.* uti & illud, quod moribus hodiernis peregrinus in loco litis eligere tenetur, citationum ac denunciationum similiumque excipiendorum causa, adversario id desiderante: adeo ut neque actionem neque defensionem proponere ultra possit, si in domicilii electione morator sit. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 84. *& cap.* 15. *n.* 1. & prolixe Rebuffus *ad constit. regias tom.* 3. *de domicilii electione, art. unic. gloss. un. n.* 46. *& seqq.* etiamsi in lite ea non pergere, sed declinatoriam fori exceptionem proponere constituisset; cum & ea disceptatio causæ cognitionem, ac proinde denunciationem quoque ac citationem possit desiderare, Rebuffus *d. tract. n.* 45. Nec evanescit facta semel domicilii electio, si lis per sententiam finita sit, sed & ad executionem sese extendit, quippe quæ litis totius scopus ac finis est. Radelantius *Curiæ Ultraject. decis.* 14. uti & ad appellationem, si per alterutrum a sententia judicis inferioris provocatum sit, si medio eodem in loco appellationis quoque causa ventilanda sit; nisi novum ipse maluerit domicilium eligere, & hoc adversario significet, Rebuffus *d. tract. n.* 19. *& seqq. & n.* 25. Et, si intervenerit pendente lite mors eligentis, dubium non videtur, quin, uti lis ipsa per hæredes eodem in loco ad finem perducenda est, licet ipsi alibi foveant domicilium, arg. *l. ubi acceptum* 30. *ff. de jurisdict.* ita quoque domicilii electio ad denunciationes citationesque hæredum faciendas censeri debeat continuata.

94 Aliud insuper proprie dictum domicilium est, quod quis sibi constituit animo inde non discedendi, si non aliud avocet, juxta descriptionem supra propositam, & ex quo statim incola fit, & legibus loci subjectus, licet civis non fiat, *l. pupillus est* 239. §. *incola* 2. *ff. de verbor. signif.* arg. *l. incola* 29. *ff. ad municipalem*, Mævius *ad jus Lubecense lib.* 1. *tit.* 2. *n.* 53. *& seqq. & n.* 68. Christinæus *ad leg. Mechlin. tit.* 5. *ad. rubric. n.* 3. *& art.* 1. *n.* 8. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 45. *n.* 4. Carpzovius *defin. for. part.* 3. *constit.* 12. *def.* 16. *in pr.* aliud minus proprium, in quo illud propositum perpetuo commorandi deest; quod & in domicilio litis causa electo; & eo, quod relegatus in loco relegationis, aut miles, ubi meret, habet, animadvertere licet. Neque his absimile est illud domicilii genus, quod studiosi in eo fovent loco, in quo degunt studiorum causa; in quo, ad oppositionem veri domicilii studiorum causa peregrinari, imo, amore scientiæ exules fieri dicuntur, *auth. habita C. ne filius pro patre*, abesse studiorum causa, *l. nec non* 28. *pr. ff. ex quib. caus. majores*, & Romæ studiorum causa agentes, domicilium ibi non habere, *l. lex Cornelia* 5. §. *si tamen* 5. *ff. de injur.* nisi decem annis transactis eo loci sedem sibi constituerint, *l. nec ipsi* 2. *C. de incolis*. Vide Christinæum *vol.* 4. *decis.* 34. *& ad leg. Mechliniens. tit.* 5. *art.* 9. *n.* 6. Mascardum *de probation. conclus.* 535. *n.* 14. *& seqq.* Responsa JCtor. Holland. *part.* 4. *consil.* 174. Peckium *de testam. conjugum lib.* 4. *cap.* 35. *n.* 4. *& seqq.*

95 Uti autem uxor mariti dignitatem sequitur, ita & domicilium ejus *l. exigere* 65. *ff. h. t. l. ult.* §. *item rescripserunt* 3. *ff. ad municipalem*, *l. ult. C. de incolis*, *l. mulieres* 13. *C. de dignitat. l. mulierem* 5. *ff. de ritu nupt.* nisi sua voluntate maritus in patria uxoris suæ domicilium defixisset, *l. si in patria* 5. *C. de incolis*. Quo casu nec jus originis in uxore extinctum aut suspensum foret, Hugo Grotius in *Responsis Juriscon. Holl. part.* 3. *vol.* 2. *cons.* 185. *n.* 8. retinetque illud uxor amisso marito, dignitatis exemplo: amittit tamen, nuptiis aliis intervenientibus, *l. filii* 22. §. *vidua* 1. *ff. ad municipal.* junct. *d. l. ult. C. de incolis*, *d. l.* 13. *C. de dignitat.* Neostad. *Cur. Holl. dec.* 3. vers. *tis huyten*, aut si ipsa, jam viri potestate soluta, alio domicilium re ipsa transtulerit, suo arbitratu, Zangerus *de exception. part.*

part. 2. cap. 1. n. 99. Plane si in matrimonium non legitimum sese mulier dederit, particeps domicilii maritalis non fiet; eo quod ex conjunctione tali neque vir neque uxor neque matrimonium intelligitur, *l. de jure* 37. *§. ult. ff. ad municipalem*, junct. *§. penult. Instit. de nuptiis*. Et quamvis multis in partibus juris nostri sponsa uxoris loco sit, veluti in injuriis, dotis privilegio, dotali fundo, aliisque, *l. item apud* 15. *§. sponsum* 24. *ff. de injuriis*, *l. si sponsa* 74. *ff. de jure dotium*, *l. lex Julia* 4. *ff. de fundo dotali*; domicilii tamen intuitu contra est; cum desponsata ante contractas nuptias suum domicilium non mutet, *l. ea quæ desponsa* 32. *ff. ad municipalem*, Zangerus *de exception. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 56. *& seqq.* Struvius *ad Pand. h. tit. n.* 28.

96 Famulos ancillasque nostrates quod attinet, etsi liberi sint, & certa mercede conducti nobis operas præstent, nec familiæ nostræ perpetuo addicti sint, tamen vix est, ut existimemus, eos proprium retinere domicilium; quippe a quo plerumque eos recedere animo non revertendi, experientia testatur. Quin potius eos ex domicilio domini, cui ministrant, censeri, & competens sortiri forum, suadent juris rationes: si enim nuncii scholarium ac ministri cum scholaribus studiorum causa degentes ex persona eorum, quibus ministrant, forum sortiantur privilegiatum, & ex quasi quali domicilio ac jure scholarium in loco studiorum æstimentur, *auth. habita C. ne filius pro patre*, cur non, cessante foro illo privilegiato, in loco domicilii dominici, proprie sic dicti, convenirentur, ratio non est. Cui accedit, quod & liberti Romani, utcunque liberi, patronorum suorum non originem modo, sed & domicilium sequebantur; quos tamen in obsequiis & operis præstandis non longe a famulis hodiernis abiisse constat, *l. adsumptio* 6. *ff. ad municipalem*. In eamque sententiam conspirat conventio circa in jus vocationem inter Hollandos Ultrajectinosque inita 23. *Augusti* 1657. *art.* 7. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1161.

97 Quoties autem non certo constat, ubi quis domicilium constitutum habeat, & an animus sit inde non discedendi, ad conjecturas probabiles recurrendum, ex variis circumstantiis petitas, etsi non omnes æque firmæ non æque urgentes sint, sed multum in iis valeat judicis prudentis & circumspecti arbitrium. Sic enim in dubio in loco originis & domicilio paterno quemque præsumi continuasse domicilium, jam ante dictum. Idemque est, si in aliquo loco majorem bonorum partem possideat; aut bonis divenditis, quæ alibi possidebat, in aliam urbem cum familia se contulerit, ibique assidue versatus fuerit: vel jus civitatis aliquo in loco sibi acquisiverit, atque ita illic habitet. Quæ universa prolixius ventilata, vide apud Zangerum *de exception. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 10. *& seqq. ad n.* 66. Radelantium *Curiæ Ultraject. dec.* 126. *n.* 4. *& seqq.* Menochium *lib.* 6. *præsumt.* 42. *& de arbitrar. judic. lib.* 2. *casu* 86. Mascardum *de probation. conclus.* 535. Struvium *ad Pand. h. t. n.* 22. 23. 24. *& n.* 32. 33. 34. Responsa JCtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 138. *& consil.* 196. *& consil.* 317. (*re vera* 217.) *pag.* 566. *& seqq.*

98 Illud certum est, neque solo animo atque destinatione patrisfamilias, aut contestatione sola, sine re & facto, domicilium constitui, *l. domicilium* 20. *l. ejus, qui* 17. *§. si quis* 1. *ff. ad municipalem*; neque sola domus comparatione in aliqua regione, *l. libertus* 17. *§. sola* 13. *ff. ad municipalem*, *l. cum neque* 4. *Cod. de incolis*, neque sola habitatione, sine proposito illic perpetuo morandi: cum Ulpianus a domicilio habitationem distinguat, dum asserit, legem Corneliam injuriarum de domo vi introita, *ad omnem habitationem, in qua paterfamilias habitat, licet ibi domicilium non habeat*, pertinere; neque eum, qui Romæ agit, (id est, habitat) studiorum causa, ideo ibidem domicilium habere, *l. lex Cornelia* 5. *§. si tamen* 5. *ff. de injuriis*, Zangerus *de exception. d. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 12. *& seqq.* Menochius *de arbitr. judic. lib.* 2. *casu* 86. *n.* 5. *& seqq.* Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 317. (*re vera* 217.) *n.* 6. Multoque minus, si non nisi tabernam, aut pergulam, aut armarium, aut horreum, aut officinam, in aliquo loco promercii causa conductam habeat, aliterve constitutam, arg. *l. hæres* 19. *§. proinde* 2. *in fine ff. h. t.* vel litis aut alterius negotii peragendi causa, vel operis perficiendi vel negotiationis exercendæ gratia, alicubi commoretur, arg. *l.* 2. *§. legatis* 3. *ff. h. t. l.* 1. *ff. eum, qui appellavit in provincia defendi*, Christinæus, *ad leg. Mechliniens. tit.* 5. *art.* 9. *n.* 6. Responsa JCtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *cons.* 138. *n.* 24. *& seqq.* Qua ratione responsum quoque aliquando fuit, eum, qui in Indiam orientalem profectus fuit, domicilium non amisisse, Responsa Juriscons. Holland. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 317. (*re vera* 217.) *pag. mihi* 574. Quod tamen nostris moribus ex novissimo jure de iis, qui Indiam orientalem petunt, quodammodo mutatum est, ut dicetur in materia successionis ab intestato. Vide interim placitum Ordinum general. 10. *Januarii* 1661. *vol.* 2. *placit. Hollan. pag.* 2634. Similiter, qui muneris aut legationis implendæ causa ad alium delegatur locum, veluti apud nos ad collegia Ordinum generalium, consilii Status, Rationum, Archithalassica, & his similia, etsi istis in locis, ad quæ missus est, habitet, domicilium tamen ibi non fixisse, sed in regione, unde missus est, illud retinuisse, etiam quantum ad successione in bona mobilia, verius est; nam & Senatores Romanos domicilii jus in municipio, unde oriundi, retinuisse, ante dictum est; adeo ut, in urbe domicilium magis *habere viderentur*, quam revera haberent, *l. pen. ff. de senatoribus*, Mævius *ad jus Lubecens. quæst. prœlimin.* 3. *n.* 39. Leeuwen *cens. f. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 12. *n. ult.* Struvius *ad Pand. h. t. n.* 25. *in med.* Responsa JCtor. Holl. *part.* 1. *consil.* 204. & *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 4. *&* 5. & *part.* 4. *consil.* 271. & *part.* 5. *consil.* 2. *pag.* 21. 32. Idemque in advocatis obtinet, qui praxios causa sese ad curiam superiorem contulerunt ex patria urbe, ejusdem curiæ jurisdictioni subjecta, *d. part.* 4. *consil.* 271. Leeuwen *d. loco*. Considerandum tamen, eos, qui quantum ad successionem aliosque effectus domicilium per negotiationem, tabernam, nudam habitationem non constituisse intelliguntur, nihilominus, quantum ad forum competens attinet, illis in locis, dum illic degunt, recte conveniri: maxime post-

postquam invaluit, arresto fundari jurisdictionem in omnes, qui in territorio deprehensi litis causa sistuntur; nisi nominatim inveniatur ipsis privilegium datum, ne ordinario judici istius loci subsint. Vide Zangerum *de exception. cap.* 1. *part.* 2. *n.* 123. *& seqq.* Straccam *de mercatura partic. secunda ultimæ partis principalis, quo modo in causis mercat. procedend. sit*, *n.* 19. *& seqq.* Brunnemannum *ad l.* 19. *ff. h. t. n.* 14. *& seqq.* Groenewegen *ad l. unic. C. ubi conven. qui certo loco dare*.

99 Mutat unusquisque domicilium suo arbitrio, ad id saltem, ut jurisdictioni desinat in posterum subjectus esse; imo &, ut onera evitet personalia in loco domicilii derelicti subeunda, *l. si in patriæ* 5. *l.* 6. *C. de incolis*, *l. ult. C. de municipibus & orig. l. domicilium* 20. *l. nihil est* 31. *ff. ad municipalem*, *l. in bello* 12. *§. manumittendo* 9. *l. postliminii jus* 5. *§. ult. ff. de captiv. & postlim.* Etsi enim Romanis placuerit, illum, qui derelicto originis loco domicilium alio transtulit, muneribus & jurisdictioni utriusque loci ac magistratus parere debere, *l. incola* 29. *ff. ad municipalem*, *l.* 1. *& ult. Cod. eod. tit. de municipib. & origin. l. privilegio* 6. *C. de incolis*; id tamen ad eos, qui non originis sed domicilii proprie dicti locum reliquerunt, ac alio migrarunt, extensum haud fuit; cum a Modestino in *l. incola jam* 34. *ff. ad municipal.* traditum sit, *incolam jam muneribus publicis destinatum, nisi perfecto munere, incolatui renunciare non posse*, cui consequens est, munere nondum imposito, eum potuisse incolatui sic renunciare, ut in posterum imponendis illius loci muneribus obnoxius non sit: quod & innuit *l.* 1. *C. de incolis*. Quo etiam respectu *domicilii rationem temporariam esse*, Papinianus observavit; concludens, patris domicilium filium, aliorum incolam, civilibus muneribus alienæ civitatis non adstringere; cum in patris quoque persona domicilii ratio (quantum ad munera scilicet) temporaria sit, *l. libertus* 17. *§. patris* 11. *ff. ad municipal.* Præterquam quod nunc fere passim usu receptum est, etiam migrantes ex loco originis, ac domicilium alibi constituentes non amplius personalibus posse gravari oneribus, ab originis magistratu decretis; deficiente scilicet exigendi seu exequendi potestate, dum non eidem, sed diversis sæpe Principibus subest originis, & domicilii deinceps per translationem constituti locus; cum contra municipia omnia, in quæ Quirites, salva civitate, migrabant, uni supremo parerent Principi Romano, Groenewegen *ad l.* 31. *&* 34. *ff. ad municipalem*, *& ad l.* 1. *C. de municipibus*, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 36. *n.* 5. *&* 10. Et hæc quidem ita, nisi catervatim migrando sic imminueretur civium numerus, ut reliqui tandem ferendis oneribus publicis ob numerum imminutum desinerent pares esse, Grotius *de jure belli ac pacis lib.* 2. *cap.* 5. *n.* 24. Perezius *ad tit. Cod. de municip. & origin. n.* 17. 18. 19. Groenewegen *ad d. l.* 31. *ff. ad municipal. n.* 5. parens meus. Paulus Voet *de statutis sect.* 5. *cap.* 2. *n.* 8. Hinc & pœnas quandoque impositas fuisse illis, qui difficilioribus temporibus frequentes patriam ac domicilium deserebant, notat Groenewegen *d. loco*, ac multis in locis tributum exigi a migrantibus, puta decimæ, quandoque & quintæ partis bonorum, alibi in successionum materia dicetur, cum & peregrini in bona civis succedentes idem soleant subire onus, quod jus *issuæ* vel *exuæ* dicitur. Vide interim Andr. Gayl. *d. lib.* 2. *observ.* 36. *n.* 10. Groenewegen *d. loco n.* 2. Responsa Juriscons. Holl. *part.* 4. *consil.* 271. *Sententien van den Hogen en Provincialen Rade van Holland, Zeeland, &c. decis.* 30. 33. 39. Mævium *ad jus Lubec. quæst. prælim.* 6. *n.* 13. Neque dubium, quin migrans jura amittat, ac Privilegia & immunitates domicilii prioris; ac conceptus post migrationem patris futurus non sit civis illius loci, unde pater migravit, etsi pater illic originarius fuisset, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 36. *n.* 7. 8. 9. Christinæus *ad leg. Mechlin. tit.* 5. *art.* 4. *n.* 2. Non tamen in dubio præsumenda facile domicilii mutatio; sic ut eam allegans, tanquam rem facti, probare teneatur, arg. *l. nec ipsi* 2. *C. de incolis*, *l. domicilium* 20. *ff. ad municipal.* probatur vero mutatio iisdem fere modis, quibus & primam ejus constitutionem probari, superius velut per indicem relatum est; quibus adde Struvium *ad Pand. h. t. n.* 32. 33. 34.

100 Quod si pater mutaverit domicilium, non ideo statim & filius illud mutasse censendus est. Quamvis enim originem patris filius sequatur, sic ut & illic in ambiguo domicilium habere credatur; non tamen ita ex necessitate domicilio paterno adstrictus est, ac Ulpiano teste, civitatem quidem, ex qua pater ejus naturalem originem duxit, at non domicilium sequitur, *l. adsumtio* 6. *§. filius* 1. *l. libertus* 17. *§. patris* 11. *ff. ad municipalem*, suumque sibi seorsim a patre, ubicumque voluerit, domicilium sua potest constituere voluntate, aut constitutum retinere, *l. placet* 5. *l.* 4. *ff. ad municipalem*. Quæ evidentiæ, si filius jam majorennis sit, sic suæ tutelæ suoque relictus arbitrio, ut rerum administratio ac domicilii novi constituendi jus ei ob lubricum ætatis non videatur denegatum. Plane, si etiamnum minorennis sit, patre vel matre vidua domicilium mutante, filium etiam videri mutasse, si & ipse translatus sit, nec ex prioris, sed novi domicilii, a patre matreve recenter constituti, jure censeri in dubio debere, rationis est. Ut ut enim haud difficulter admittendum sit, minorennem non magis posse domicilium mutare, quam contrahendo se obligare: tamen, quemadmodum contrahere auctore tutore permissum ei est, ita & domicilium cum patre matreve, tanquam tutelæ ejus aut saltem educationi præposita, tutoribus ceteris non contradicentibus, mutare nihil vetat: nisi ex circumstantiis manifestum esset, talem domicilii pupillaris translationem in fraudem proximorum, spem successionis ex prioris domicilii lege habentium, factam esse. Quid enim, si pater materve ex ea Hollandiæ parte, quæ jure Scabinico regitur, & in qua, soluto per mortem conjugis matrimonio, superstes liberis nequit ab intestato hæres esse, in alteram ejusdem Hollandiæ partem, quæ jure Æsdomico, parentem superstitem ad luctuosam filii hæreditatem vocante, utitur, domicilium transtulerit; quod impuberem languentem videt, ac propediem turbato mortalitatis ordine sibi orbitatem superventuram veretur, quo possit ex novi domicilii ju-

jure impuberi succedere, vix sane fuerit, ut pupilli intuitu illa domicilii mutatio rata sit, aut immutet successionis ordinem, ac tollat spem aliis, quam parenti superstiti, secundum prioris domicilii leges quæsitam. Neque enim malitiis & fraudibus hujusmodi indulgeri, ac portam legum circumventionibus aperiri patitur justitia, & observanda inter gentes vicinas bona fides. Contra, si nulla talis hæreditatis aut alterius commodi, cum tertii detrimento captandi, ratio appareat: si enim cum parente, justam aut probabilem migrandi causam habente, liberi sani vegetique migrent; aut ejus jam ætatis sint, ut testamento de sua possint substantia disponere; nihil impedimento est, quominus talis migratio parentis superstitis, bona fide facta, etiam ad domicilii pupillaris translationem efficax foret, etiamsi deinde ipsis sine testamento decedentibus parens superstes ex novi domicilii jure hæres sit; cum utique ætate non impediente potuissent testamento condito parentem a sua depellere successione, si sibi hæredes voluissent eos, quos domicilii prioris vocabat lex: quod dum non fecerunt, sponte sua videntur parenti superstiti hæreditatem ab intestato reliquisse, arg. *l. conficiuntur 8. §. sed ideo 1. ff. de jure codicillor.* aut si nec dum per ætatem testamenti factio iis concessa esset, durum tamen nimis foret, tam ominosam & voto parentum contrariam facere migrationis interpretationem, quasi successionis obtinendæ ergo ea fuisset excogitata; vigentibus valentibusque tunc liberis, & jam patri jam matri præsidium atque decus, ubi adoleverint, promittentibus, ac ex communi parentum voto & ratione naturali, quasi lege quadam tacita, ad parentum hæreditatem vocandis, arg. *l. cum tale legatum 72. pr. ff. de condit. & demonstrat.* junct. *l. cum ratio 7. ff. de bonis damnatorum*, *l. nam etsi 15. ff. de inoffic. testam.* Vide Responsa Jurisconsult. Holland. *part. 2. consil. 21.* Rodenburch *de jure conjugum tract. prælimin. de statuto, divers. tit. 2. parte altera, cap. 1. n. 6. & cap. 2. n. 2. 3. pag. mihi 110.* D. Someren *de jure novercarum capit. 5. part. 1. n. ult. in fine.*

101 Cum vero uxor per matrimonium transeat in viri domicilium, atque insuper in potestate viri sit, quæ maritalis potestas in variis tutoria potentior est ex hodierno jure, vix dubium esse potest, quin marito migrante, uxoris quoque intuitu domicilium debeat censeri translatum: usque adeo, ut & viris doctissimis visum fuerit, inutile esse dotale pactum, quo id ageretur, ne invita uxore liceret marito domicilium mutare; atque etiam placuerit, marito relegato a loco domicilii, ideoque necessarium alibi constituente, uxorem invitam obstringi ad id, ut novum mariti relegati domicilium & ipsa sequatur. Quid enim, secundum Ulpianum, tam humanum est, quam fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri, participem esse, *l. si cum dotem 22. §. si maritus 7. ff. soluto matrimon.* Est sane matrimonium individua vitæ consuetudo, consortium omnis vitæ; cujus proinde vinculo per relegationem haud dissoluto, separationem societatis atque cohabitationis fieri, contra nuptiarum scopum esset, arg. *l. 1. ff. de ritu nupt. §. 1. Instit. de patria potestate.* Denique secundum naturam est, ut quæ ex viri dignitate commoda sentit, etiam migrationis incommoda non ægre admittat, arg. *l. secundum 10. ff. de regul. juris*, Carpzovius *pract. criminali part. 3. quæst. 130. n. 43. & seqq.* Groenewegen *ad l. 5. ff. de bonis damnator.* Neque aliud dicendum erit, si forte vel ex necessitate relegationis, vel sua voluntate, maritus domicilium transferendo deteriorem redderet uxoris conditionem, ob auctam ex novo domicilio mariti potestatem, quæ imprimis minor erat; aut ob id, quod ex domicilii lege conjugibus permittitur sibi invicem ultima voluntate gratificari; cum id prioris domicilii jure appareret inhibitum; ac frustra uxor fuerit, aut hæredes ejus, si propterea a migrante marito id, quod interest, putarent exigendum esse. Cum enim per nuptias uxoris quidem conditio deterior fiat, dum illa, antea sui juris rerumque moderatrix, maritali subjicitur potestati ac tutelæ; maritus autem suam conditionem per nuptias non deteriorem sed plerumque meliorem reddat, aut saltem non imminuat liberum illud, quod ante nuptias habebat arbitrium; absurdum foret, illum, cui antea libera competebat migrandi facultas, nunc matrimonio contracto destitui illa migrandi licentia, aut saltem metu pœnæ & præstationis ejus, quod interest, absterreri, ne eo migret, quo forte vel dignitatis obtinendæ spes, vel valetudinis reive familiaris ratio, aliave plura vocare videbantur ac invitare. Ne dicam, admissa illa sententia, quod uxor ob migrationem contendere posset ad id, quod interest, etiam a contrario tunc illud quoque marito indulgendum fore, ut ob utilitatem familiæ migrans ex loco, in quo amplior pleniorque maritalis in uxorem & bona ejus potestas est, ad locum, cujus lege minus liberum maritis in uxores ac res uxorias jus tributum est, vicissim ab uxore aut hæredibus persequeretur, quanti ejus interesset, adeo adstrictam & imminutam ex novi domicilii lege exercere potestatem: quod tamen uti ratione destituitur, ita nec usu servari, manifestum est. Si tamen speciali pacto dotali ad majorem rerum uxoriarum conservationem ac securitatem id actum fuerit, ne alio maritus migret; etsi conventio talis ipsam domicilii transferendi libertatem impedire marito nequeat, quia tamen neque honestati neque bonis moribus repugnat; in quantum conservationi bonorum uxoris per eam provisum est, dum uxor multifariam paciscendo salvam sibi familiæque suæ potest efficere dotis causam; non abs re fuerit, marito contra pactionem aliorsum migrante, uxori indulgeri ad id, quod interest actionem, si forte in rebus suis ex mariti facto, secundum novi domicilii jus plenius interposito, læsionem uxor sustinuerit, quam ex prioris domicilii lege non potuisset subire, alienatis forte per maritum rebus uxoriis, aut uxore ipsa ex mariti contractu vel delicto devincta, cum prioris domicilii jus alienationem aut obligationem talem inutilem statuisset ac inefficacem, Gomezius *variar. resolut. tom. 2. cap. 10. n. 74.* Rodenburch *de jure conjugum tract. prælimin. de statutorum diversit. tit. 4. parte altera, cap. 1. n. 3. 4.* Quem tamen puto perperam ibidem in eo quæsivisse interesse uxorum, quod maritus forte ex loco, in quo gratificatio inter conjuges interdicta erat, ad eum, in quo permissa,

la-

larem transtulerit. Neque enim potest ullatenus illa liberior, sibi mutuo gratificandi licentia uxori cum viro migranti fraudi esse; cum utique etiam post migrationem ei adhuc liberum prorsus sit, nullam in maritum testamento vel aliter conferre liberalitatem, atque adeo non implere finem illum, quem forte migrando videri posset maritus intendisse.

102 Sed, ut ad forum competens ex causa domicilii redeamus, considerandum, uti hæres non succedit in defuncti domicilium, sed suum retinet, ita & ex defuncti domicilio eum forum competens non sortiri: esse enim domicilium iis accensendum, quæ personalia sunt, ac morte personæ evanescunt, frequentius probatum est; eo quod ab animo ac voluntate hominis in universum tum constitutio ejus, tum continuatio dependet. Dum ergo morte cessat voluntas, ac per id etiam tolluntur ea, quæ ab illa dependerant voluntate, arg. *l. locatio* 4. *ff. locati*, aliud dici non potest, quam quod etiam morte perierit domicilii jus. Neque hisce contradicit Ulpianus, ajens, hæredem absentem ibi defendendum esse, ubi defunctus debuit, *l. hæres absens* 19. *ff. h. t.* nam vel recte ea intellexeris de casu, quo defunctus ipse judicium jam acceperat; tunc enim, quia lis ibi finem accipere debet, ubi initium habuit, hæres eodem in loco defendere tenetur, etsi domicilium alibi habeat ac absens sit, *l. si is, qui Romæ* 54. junct. *l. ubi acceptum* 30. *ff. h. t.* Vel etiam non inepte dixeris, non illic de loco domicilii defuncti tractari, sed magis loco contractus vel quasi; sic ut mens Jurisconsulti sit, *hæredem absentem*, id est, alibi domicilium foventem, *defendendum & conveniendum esse, ubi defunctus debuit*; id est, ubi defunctus ad solutionem faciendam obligatus fuit, sive ibi contraxisset, sive ad eum locum destinasset contractus alibi initi implementum; *si modo ibi inveniatur, nulloque suo proprio privilegio excusari*. Alium d. legi sensum, sed minus feliciter, adscribit Donellus *comment. juris civil. lib.* 17. *cap.* 11.

103 Restat, ut de foris privilegiatis subjiciamus; qualia jus Romanum nonnulla induxit, mores vero hodierni multifariam auxerunt. Militibus quidem hoc datum fuit, ut tum in civilibus, tum criminalibus in causis peculiares judices sortirentur, *l. ult. C. de re militari*, *l. pen. C. de pactis*, *l. pen. C. h. t. l. magisteriæ* 6. *C. de jurisdictione omn. judic.* Puta duces suos; unde & judicium illud *ducianum* appellatum fuit, *d. l. ult. §. hoc quoque* 3. Et olim quidem ad duces ac centuriones militarem pertinuisse jurisdictionem ex Juvenale *Satyr. ult.* & Polybio *lib.* 6. constat. Dum vero magnam militaris jurisdictionis partem præfectis prætorio cessisse, & pleniorem licentiam ad disciplinæ publicæ emendationem, testatur Charisius *l. 1. ff. de offic. præfecti prætorio*, donec per Constantinum, adempta præfectis prætorio potestate in militares viros, magistris militum datum fuit judiciorum militarium tum civilium tum criminalium jus atque arbitrium, *l. 1. C. de offic. magistri milit. lit. l. magisteriæ* 6. *C. de jurisd. omn. jud. l. fin. C. de militari*, ibique Cujacius. Sed ex Anastasii constitutione tandem etiam ducibus militaribus iterum judicia militaria fuerunt communicata, *d. l. fin. C. de re militari*, nisi ducibus ipsis aut castrorum præfectis lis intercederet; quos non alterius, quam magistri officiorum judicio subjacere, a Leone ac Zenone constitutum est, *l. viros spectabiles* 8. *C. de divers. offic. & apparition.* Etsi vero nonnullis placuerit, ducum militarium jurisdictionem non ultra militaria extendi delicta, ad communia nequaquam pertinere: generaliter tamen sine criminum distinctione milites delinquentes ad suos, sub quibus militant, duces remittendos fuisse, nec ab alio, quam a suo judice exhiberi, ac, si in culpa essent, coerceri potuisse, evincunt *l. de militibus* 9. *ff. de custod. & exhib. reor. l. 1. C. de exhib. & transmitt. reis*, *l. 1. C. de offic. magistri milit. l. magisteriæ* 6. *C. de jurisdict. omn. judic.* ac confirmatur id ipsum Constantini Imperatoris rescripto in *l.* 2. *Cod. Theodosiani*, *de jurisdictione*, ubi, cum dictum esset, provinciarum rectores in civilibus causis litigia etiam inter militantes terminare, subjungitur, in criminalibus causis, si miles poposcerit reum, tunc provinciæ rectorem inquirere: *sin militans aliquid admisisse firmetur, eum cognoscere, cui militaris rei cura mandata est*, nulla facta criminum distinctione, sed tantum inter causas civiles & criminales differentia notata. Neque huic sententiæ adversatur *l.* 2. *&* 3. *ff. de re militari*, *l. fin. ff. de accusat. l. 1. C. ad leg. Cornel. de sicariis*, *novella* 8. *cap. quod autem* 12. quibus moti plures, & inter eos Anton. Matthæus *de criminib. lib.* 48. *tit.* 13. *cap.* 5. *n.* 13. in aliam inclinant opinionem; pleniorem enim ad argumenta inde petita responsionem dedi in *tract. de jure militari cap.* 7. *n.* 8.

104 Sed jure nostro hodierno paulo aliter observatur: etenim ab Albano duce latam anno 1570. constitutionem refert Christinæus *vol.* 5. *decis.* 221. *n.* 16. 17. qua cautum, ut de omnibus delictis militaribus soli cognoscant judices militares, uti & de communibus, in castris vel expeditione vel hibernis vel in commilitones perpetratis: extra hos casus propter delictum commune milites a judice civili posse condemnari; quæ etiam comprehensa placito Philippi Regis *Ordonnantie op de Criminele justitie* 5. *Julii* 1570. *art.* 68. *& seqq.* ac nominatim de militaris concussionis crimine præventioni locum facit placitum Ordinum General. 29. *Aprilis* 1589. sic ut cessante judice militari, illud a Consilio Status, aut in unaquaque provincia ab Ordinum Delegatis, (*Gecommitteer de Raden*) aut curiis provincialibus, aliisque judicibus criminali jurisdictione munitis, puniri possit. Confer varia placita Ordinum Generalium 5. *Novembris* 1591. *vol.* 2. *placit. Holland. pag.* 103. item 11. *Aprilis* 1595. *in med. d. vol.* 2. *pag.* 110. *item* 4. *Augusti* 1603. *art.* 4. de *vol.* 2. *pag.* 114. item 28. *Maij* 1624. *d. vol.* 2. *pag.* 121. Imo novissime Delegatia Ordinum Hollandiæ id datum, ut de hujusmodi concussionibus intra Hollandiæ territorium commissis concurrentem cum militaribus judiciis jurisdictionem habeant, atque exerceant ea præventione, *Instruct. voor de Gecommit. Radden van Holland.* 4. *Octobris* 1670. *art.* 5. *vol.* 3. *placitorum Holl. pag.* 92. ac amplius epistola Sereniss. Guilielmi tertii Magnæ Britanniæ Regis ad

Ul-

Ultrajectinæ Provinciæ Ordines data anno 1675. comprehensum est, in omnibus delictis communibus per militantes commissis in personas aut familias aut res non militantium, præventioni locum esse oportere, sic ut aut militaris, aut ordinarius judex in hisce competens sit, uter prior prævenit: de cetero judices militares nullam habere potestatem in non militantes; adeo, ut etiam duello inter militantem & non militantem orto, punitio non militantis ad ordinarium judicem non militarem spectet. Quemadmodum ex opposito de delictis militaribus, aut etiam de communibus inter solos milites perpetratis sine ulla non militantium læsione, cognitio soli judicio militari ibidem reservatur. Adde Sande *decis. Frisic. lib.* 5. *tit.* 1. *defin.* 4. Groenewegen *ad l.* 6. *C. de jurisdict. omn. judic.* Leeuwen *censur. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 8. Petrum Bort *van crimineke saken, tit.* 1. *n.* 50. *pag. mihi* 17. *& seqq.* Ex recentissimo tamen decreto Consilii Status Fœderati Belgii 9. *Feb.* 1703. & per id revocato in usum decreto Ordinum Generalium 25. *Martii* 1651. judiciis militaribus in iis urbibus, quæ in Comitiis Ordinum suffragii jus habent, (*stem in stat hebben*) restricta fuit jurisdictio criminalis, dum cautum, ne ultra extendatur aut exerceant eam, nisi quæstio sit de neglectis officiis in obeundis vigiliis & expeditionibus, aut de crimine transfugii ad hostes, vel desertionis, vel transitus de cohorte in cohortem sine præcedente missione, aut de delictis, quæ a præfectis militibusve in præfectos vel milites, non in alios admissa sunt. Quamvis improbabile haud videatur, delicta communia, a militibus commissa, etiam in aliis urbibus aut locis, quæ in comitiis Ordinum suffragii jure non gaudent, ad judicium ordinariorum spectare cognitionem, si modo perpetrata fuerint in tali provincia, quæ in comitiis Ordinum generalium Fœderati Belgii suffragii dicendi jus habet, prout illam dicti decreti *anni* 1651. interpretationem suasit subsecutum deinceps decretum Ordinum Hollandiæ 30. *Sep.* 1655. quo placuit absque restrictione ad loca suffragii jus habentia, delicta omnia communia ex sua natura ad ordinarii, non militaris judicis jurisdictionem pertinere, secundum tradita in Responso juris apud Petrum Bort *van criminele saken, tit.* 1. *sub n.* 50. *pag. mihi* 22. *col.* 1. Neque hoc loco prætermittendum, delicta quidem militum graviora, quæ scilicet contra leges militares & edicta commissa sunt, coerceri debere per consilium militare in urbibus præsidiariis, nec domesticæ præfectorum legionis subesse coercitioni: at, si levius sit admissum, veluti, si gregarius aut ordinis inferioris præfectus ultra tempus literis commeatus expressum emanserit, aut ebrius fuerit, aut irreverenter erga præpositos suos sese gesserit, sic ut propter ea coercitio vindictarum (*spotsroedem*) aut equi lignei, aut portationis sclopetorum vel ephippiorum aut condemnationis ad panem & aquam, aut alia similis imponenda sit, decerni eam debere per præfectos legionum; ut tamen ante executionem id significent urbis gubernatori, *Reglement op de proceduren per militairem in saken van geringe importantie* 24. *Febr.* 1687. *artic.* 7. 8. *vol.* 4. *placit. Holl. pag.* 167.

105 Militibus militaria delicta committentibus, & ob id a judicio solo militari coercendis, annumerati etiam inveniuntur jurisdictionis intuitu pagani illi, qui sortitione vel aliter pagatim in numeros seu cohortes relati difficilioribus belli temporibus, non parent jussibus, aut se non sistunt, aut alteri crimini militari sese reddunt obnoxios, *decreto ordin. Holl.* 13. *Septemb.* 1673. *vol.* 3. *plac. Holl. pag.* 180. quod & cautum dicta epistola Sereniss. Britanniæ Regis ad Ordines Provinciæ Ultrajectinæ, relata in acta istius Provinciæ 2. *Junii* 1675.

106 Quod si ante datum militiæ nomen paganus deliquerit, ac (dum forte profugus) edictis citatus fuerit, tandemque condemnatus, deinde autem miles fiat, superveniens militia impedimento non erit, quo minus ab ordinario judice civili, qui sententiam tulit, capiatur, ac sententiæ patiatur executionem, neququam ad militare tribunal remittendus. Si enim ille, qui demum, posteaquam in jus vocatus fuit, miles esse cœpit, jus revocandi forum in ea causa habere nequeat, quasi præventus, *l. si quis, posteaquam* 7. *ff. h. t.* non magis, quam si in loco domicilii litem patiens, eadem pendente aliorsum migret, *l. pen. ff. de jurisdict.* junct. *l. ubi acceptum* 30. *ff. h. t.* longe minus ad aliud forum remissionem fieri jure postulaverit, si nil præter executionem restet, tota lite jam ante militiam a judice pagano per sententiam diremta: præsertim, cum ipsos judicio publico damnatos in militum numerum recipi prohibitum sit, *l. qui cum uno* 4. §. *adulterii* 7. *ff. de re militari*, Christinæus *vol.* 5. *decis.* 221. *n.* 18. *& seqq.* Neque his, quæ de eo dicta, qui post in jus vocationem militare cœpit, ideoque fori militaris privilegio uti prohibetur, contrarium est, quod a Menandro scriptum *in d. l. qui cum uno* 4. §. *reus* 5. *ff. de re militari*. Cum non alia illius sententia sit, quam quod paganus postulatus reus criminis, si nomen dederit militiæ, ibi capite puniendus sit ubi militat, nec ad forum, in quo reus est postulatus, debeat remitti, non, quod capite plectendus sit ob perpetratum prius capitale crimen; sed quod capitale sit crimen, alterius judicii capitalis aut sententiæ evitandæ causa ex voluntate libera nomen militiæ dare. Quo modo & in eadem *l.* 4. §. *ad bestias* 1. *&* §. 2. *ff. de re militari* traditum, eum, qui ad bestias datus vel in insulam deportatus, effugit, & militiæ se dedit, capite puniendum esse. Adde Gloss. ad *d. l.* 4. §. 5. Quin imo, etsi secundum generalia Romani juris fundamenta miles non arceatur a fori militaris privilegio, si conveniatur ex causis militia vetustioribus, cum ante acceptum militiæ cingulum necdum esset in jus vocatus, nisi fraudulenter & eo animo militiæ se dedisset, ut sub obtentu militiæ pretiosiorem se adversario faceret, *l. qui cum uno* 4. §. *non omnis* 8. *ff. de re militari*; tamen prædicta constitutione Philippi Hispan. Regis definitum fuit, eum, qui deliquerit ante militiam, si postea miles fiat, antequam lis ei mota esset, non a militari, sed civili judice puniendum esse, *Ordonnantie op de criminele Justitie ann.* 1570. *art.* 68. *&* 71. De delictis navalibus, aut in India orientali, vel occidentali, vel itinere perpetratis, dixi in *seqq. h. t. n.* 128.

107

107 In causis civilibus ac pecuniariis a jure Romano mores magnopere recessisse, haud invenio; adeoque sive miles a milite, sive miles a pagano conveniatur, non nisi coram militari judice lis agitanda est, ipso id desiderante, *l. magister.* 6. *C. de jurisdict. omn. judic. d. l. pen. Cod. de pactis.* Secus, si ipse miles actoris partes subiens, paganum vellet in jus vocare; cum enim actor sequi debeat forum rei, apud civilem judicem eam ventilari litem convenit, arg. *d. l.* 6. *&* *l.* 2. *C. de jurisdict. omn. jud.* Vide tamen post addita *ad n.* 108. *in fine h. t.* Quin imo, etiamsi miles jam missus fuerit, sed rationum redditioni manerit obnoxius ex iis, quæ durante militia militiæ causa tractavit (dum forte communes numeri sui res expedivit, ut potest, *l. filiusfamilias* 8. *§. veterani* 2. *ff. de procurator.*) super rationibus militaribus in judicio militari recte convenitur, nulla usurus fori præscriptione; cum ubi & instructio sufficiens, & nota testimonia, & verissima possint documenta præstari, *l.* 2. *C. ubi de ratiociniis.*

108 Hoc tamen privilegiatum militare forum in civilibus non aliter videtur jure Romano fuisse admissum, quam ei miles in locis illis aut provinciis, in quibus expeditionis aut præsidii causa morabatur, apud illius provinciæ aut municipii judices ordinarios conveniretur. Cum enim milites illis non alia ratione viderentur subasse, quam quia ad tempus illic morabantur, & temporarium atque improprie dictum domicilium habebant, (retinentes scilicet jus domicilii in loco illo, in quo illud ante militiam ac expeditionem susceptam habuerant, & a quo abesse reipublicæ causa dicebantur, *l. milites* 7. *l. miles* 34. *l. pen. ff. ex quib. causis majores.*) commodum fuit, suos iis peculiares tunc judices adsignari, duces suos & similes, ad quos, conventi apud ordinarios judices loci, in quo peregrini erant, sese remitti postularent. Sed non ideo impediti prorsus fuerunt creditores, quominus in domicilii loco apud judices ordinarios convenirent milites, etsi reipublicæ & expeditionis causa tunc absentes, si modo procuratorem domi reliquissent, per quem potuissent absentes defendi; vel bona haberent in loco domicilii proprie dicti, quæ propter ipsorum absentiam jubente judice ordinario potuissent possideri. Quod satis innuitur a Gordiano Imp. in *l. ignorare* 4. *C. de restitut. milit. & eorum, qui reipubl. caus. abs.* dum constituit, *eorum, qui Reipublicæ causa absunt* (inter quos & milites) *si boni viri arbitratu non defendantur, bona tantum possideri; venditionem autem in id tempus differri, quo reipublicæ causa abesse desierint;* atque adeo eos, absentia durante, & conveniri in loco domicilii & indefensos missionem in bona pati, permisit, sola impedita propter absentiam distractione bonorum; vel saltem restitutione deinceps adversus distractionem concessa, non per militares judices, sed per ipsos præsides provinciarum, ut colligi potest ex *l. si finita* 15. *§. si forte dominus* 22. *ff. de damno infecto*, junct. *l. si cum militaribus* 6. *C. de restitution. militum.* Unde & executio in stipendium militis condemnati per præsidem facta proponitur; atque etiam aliis deficientibus in subsidium permissa. Marcello enim militi rescribentes Impp. *stipendia*, inquiunt, *retineri propterea, quod condemnatus es, non patietur præses provinciæ cum rem judicatam possit aliis rationibus exequi, l. stipendia* 4. *C. de execut. rei judicatæ.* Imo generaliter, ex *l. unic. C. in quib. causis militantes fori præscrip. uti non possunt*, sancitum est, *in quacunque militia vel dignitate positos, sub moderatoribus provinciarum pro functionibus publicis, ac debitis publicis, uti & in aliis privatis actionibus occupatos, debere respondere, nulla fori præscriptione valitura.* Neque existimandum, in d. l. unic. armatos milites exceptos esse, in verbis, *qui vel per provincias sociantur*, (forte rectius *negotiantur*, ut habet *lib.* 7. *Basilic. tit.* 5. *lege* 95.) *vel conductorum vocabulis, si non armata militia præditi sint defendantur:* cum non aliud velint Imperatores, quam quod militantes non modo in aliis privatis actionibus occupati, præsidibus provinciarum respondere teneantur, sed &, si negotientur aut prædiorum conductores sint, dummodo cum fuerunt tunc milites armati; eo quod nominatim militibus armatis interdictum fuit, negotientur, neve prædia conducant in ea provincia, in qua militant, *l. milites* 31. *C. de locato, l. unic. C. negotiatores ne militent*; ut proinde merito, ubi de negotiatione aut conductione sermo erat, excipi debuerint; ne alioquin ipsis militiam armatam gerentibus videretur imperatoria auctoritata concessum negotiandi prædiive conducendi jus. Confirmatqua hanc exceptionem duplex limitatio in eadem *lege unica in quib. causa militantes fori præscrip.* subjuncta; puta, nisi vel commeatum ad rem propriam componendam per unius anni inducias acceperint, atque ita negotiati fuerint, vel a Principe mercandi simul & militandi licentiam impetraverint; tunc enim etiam militiam armatam gerentes, etsi licite negotientur, aut conducant, tamen fori præscriptione in hisce carent; quippe non ut milites, sed ut negotiatores aut conductores considerati, ideoque non militari judicio, sed præsidibus subjiciendi. Tantoque magis hæc d. legi sententia tribuenda est; quia jam ante a Constantio Imp. velut jus certum, fuit adnotatum, milites non in civilibus, sed criminalibus subductos esse præsidum jurisdictioni. *Definitum est*, inquit, *provinciarum rectores in civilibus causis litigia terminare, etsi militantes exceperint jurgia vel moverint, sed in criminalibus causis, si militans aliquid admisisse firmetur, is cognoscat, cui militaris rei cura mandata est, l.* 2. *Cod. Theodosiani, de jurisdictione.* Licet ergo (ut absolvam) creditores non potuerint milites invitos convenire in loco, ubi militabant, coram ordinariis istius loci judicibus, sed opposita fori præscriptione ad judicem militarem essent remittendi; ad ordinarium tamen judicem recte in jus vocari potuerunt, vel etiam ad peculiarem judicem istius negotiationis aut professionis, quam præter militiam exercebant, lege non refragante, aut Principe permittente; sic ut in creditorum arbitrio esset, an militem debitorem ad judicem militarem, an potius ad competentem civilem secundum ante dicta vocare mallent; nec liberum fuerit militi, ad alterutrum vocato, sese fori præscri-

scriptione ullatenus tueri. Quod ex Anastasii constitutione manifestissimum, dum vult, eos, qui in quacunque militia constituti sunt, & præterea professionem aut negotiationem sustinent, compellendos esse obedire iis judicibus, ad quorum sollicitudinem professionis seu negotiationis, quam præter militiam exercent, gubernatio respicit; præmissa ratione, *quod periniquum & temerarium sit, eos, qui professiones aliquas seu negotiationes exercent, judicium, ad quos earum professionum cura pertinet, jurisdictionem & præceptionem declinare conari.* Sed tamen eosdem *ipsis quoque judicibus, sub quorum jurisdictione militia constituta erat*, id est, quorum jurisdictioni ipsi propter militiam ex privilegio suberant, *procul dubio debere respondere, l. ult. C. de jurisdict. omn. judicum.* Confer libellum, cui titulus: *Conduite des tribunaux militaires, representée à son Excellence, par les Etats de la Province des Flandres.* Epistola tamen Serenissimæ magnæ Brit. Regis, ad Ordines Ultrajectinos data anno 1675. cautum, ordinarii judicis civilis jurisdictionem fore, quoties miles a non milite, vel miles a milite persequi judicio vult sibi debitum; nisi inter duos milites de militari stipendio lis esset; ejus enim decisionem sibi reservari, ad quos secundum antiquam consuetudinem de tali controversia judicium spectavit. Plane ex recentissimo decreto Consilii Status Fœderati Belgii 9. *Febr.* 1703. & per id revocato in usum decreto Ordinum Generalium 25. *Martii* 1651. judicibus militaribus in illis urbibus, quæ in Comitiis Ordinum suffragii jus habent (*stem in staat hebben*) denegata in universum videtur omnis jurisdictio in causis civilibus; sic ut viri militantes in iis *apprehensibiles, convenibiles, justiciabiles, & executabiles* sint apud judices ordinarios, sententias suas etiam in stipendiis militum condemnatorum executioni daturos, si alia bona deficiant.

109 Proximi militibus studiosi sunt, qui licet reipublicæ causa non absint a domicilii loco, justissima tamen ex causa dicuntur abesse, *l. nec non* 28. *ff. ex quib. caus. majores*, studiorum causa exules fieri ac peregrinari, ideoque digni visi, quibus beneficio Imperatoris cum aliis prærogativis etiam fori peculiaris privilegium tribuatur, uti & ministris ipsorum nunciisque, *auth. habita C. ne filius pro patre.* Duplex namque ex d. auth. apparet prærogativa, primo quidem, ne scholares ob alterius cujuscunque provinciæ debitum vel delictum per pignorationem perversa consuetudine inductam (ut alibi dictum) in jus vocentur, aut injuriam ullam damnumve sustineant; deinde, si ex proprio forent conveniendi negotio, ut non coram alio, quam domino vel magistro suo, vel ipsius civitatis Episcopo (cui hæc jurisdictio data erat, sed hodie usu generali rursus adempta, ut Donellus notat *ad d. auth. n.* 33.) litem paterentur; causa, ut ut justissima, casuro eo, qui ad alium judicem eos trahere tentaverit, *d. auth.* Quod singulare fori jus etsi plures ad causas quoque criminales pertinere censuerit; verius tamen est, ex d. auth. non nisi ad civiles lites pertinere: tum quia Imper. Fredericus in d. auth. vult, causa cadere eum, qui studiosum traxerit ad judicem ex privilegio non competentem; quæ pœna civilibus quidem, at non criminalibus quadrat causis: tum quia gladii potestas & generaliter merum imperium non aliis competit, quam quibus hoc speciali lege vel constitutione datum est, *l. prima, ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisdictio*; datum autem domino, id est, Rectori vel magistris, aut Episcopo ex d. auth. non apparet. Neque etiam probabile est, Imperatorem Fredericum plus studiosis indulgere voluisse, quam viris Clarissimis indultum fuit, quorum admissa a judice ordinario vindicantur, *l.* 2. *C. ubi senatores vel clariss.* solis illustribus fori privilegio in criminali causa munitis, qui aut summis dignitatibus functi sunt, aut honorariis a Principe codicillis donati; dum illi quidem in consistorio Principis accusandi; hi vero apud præfectum prætorio vel præfectum urbi, vel magistrum officiorum, Principe jubente, *l. quoties* 3. *C. ubi senatores vel Clariss.* Ant. Matthæus *de criminibus lib.* 48. *tit.* 13. *cap.* 3. *n.* 14. Brunnemannus *ad d. auth. habita Cod. ne filius pro patre.* Sed amplioribus longe finibus aucta inveniuntur hujus nostræ Universitatis Batavicæ studiosis Privilegia fori, dum statutis ejus, *articulo* 39. ex *ampliatione* 24. *Martii* 1662. juncto alio ejusdem diei decreto, quod relatum inter placita Ordin. Holl. *vol.* 3. *pag.* 551. *n.* 18. cautum, ut studiosi, sive peregrini, sive civitatis Leydensis cives, tam in civilibus, sub quibus & matrimoniales contineri in judicio contradicto, me alterum rectore, judicatum est, tam in criminalibus causis, sive actores, sive rei sint, non apud alium, quam Academicum judicem litigare compellantur, nisi jam majorennes fori privilegio specifice renunciarint: Professores vero, sive singuli, sive universim considerati, eorumque viduæ, non nisi coram Hollandiæ curia conveniantur, bonorum suorum curatorem ab ea accipiant, cum bona solvendo non sunt; apud ordinarios autem judices adversarios suos ipsi tanquam actores in jus vocent. Excipiuntur tamen lites de finibus aut servitutibus aliisve similibus, quarum cognitio ac definitio judici urbano reservata est, & forte generaliter omnes in rem actiones, quatenus in loco rei sitæ tractandæ sunt, Vinnius *quæst. select. lib.* 1. *cap.* 18. *circa princip.* uti &, si de tutore ipsis studiosis minorennibus aut professorum scholariumve liberis dando agatur, *d. ampliat.* 24. *Martii* 1662. Restitutiones quoque in integrum adversus contractus damnosos minorum vix est ut sibi arrogent Accademici judices, quippe supremæ curiæ Principem repræsentanti specialiter demandatas, ut dictum *tit. de restitut. in integrum n.* 4. An autem & tunc fori privilegio scholares uti possint, cum non propriis, sed cessis sibi actionibus experiri volunt, quæstionis est. In iis quidem Universitatibus, quæ etiamnum Hispaniarum Regi in Belgio subsunt, privilegium cessare, nisi cessio nominis sit facta studioso a patre, patruo, avunculo, & fratre, notat Christinæus *vol.* 5. *decis.* 35. & personas miserabiles, prima instantia apud judicem superiorem ex privilegio litigare valentes, in actionibus cessis eo jure apud nos destitui, postea dicetur. Sed quia neque verba d. articuli 39. statutorum nostrorum inter proprias & cessas actiones distinguunt, neque subsecutis statutorum interpretatio-

ni-

bus cessæ excipiuntur, etiamsi alia recensita fuerint, in quibus fori privilegium secundum ante dicta non debebat admitti; magis est, ut in cessis quoque nominibus fori prærogativam studiosis ex d. artic. 59. generaliter loquente vindicemus. Eoque confert, quod generaliter traditum invenio a pragmaticis, exceptionem mere personalem, quæ cedenti opponi potuit, cessionario ex sua persona privilegiato opponi non posse, nisi aliud consuetudine, vel lege municipali cautum esset: cui exceptionum generi etiam hæc fori declinatoria adnumeranda est; cum non videatur rei cohærere aut rem comitari, sed plane a persona privilegio munita aut destituta dependere. Nisi forte inter causam onerosam & lucrativam videatur distinguendum, eo modo, quo de reconventione supra adnotatum est. Ant. Faber *Cod. lib.* 3. *t.* 12. *de jurisdict. defin.* 22. Sande *de action. cessione cap.* 13. *n.* 8. *& seqq.* Costalius *ad d. l.* 22. *ff. mandati*. De cætero, non interest, an in ipsa civitate Leydensi, an extra eam in aliqua Hollandiæ parte, contraxerit studiosus aut crimen perpetraverit; secundum ea, quæ bis in possessorio de criminali jurisdictione judicio inter tribunal Academicum & Nobiliores duas Hollandiæ civitates a Curia suprema definitum est. Confer de privilegiato studiosorum foro DD. *ad auth. habita C. ne filius pro patre;* Christinæum *vol.* 5. *decis.* 34. 35. 36.

110 Clericos & Monachos quod attinet, increvisse paulatim in his fori privilegiati jura, ex variis Imperatorum constitutionibus manifestum est. Etenim primo quidem a Marciano Imperatore Clericis Constantinopolitanis indultum, ut non nisi coram Archiepiscopo, Episcopo, vel Præfecto prætorio possent conveniri, *l. cum clericis* 25. *C. de episc. & clericis*, *l. decernimus* 15. *C. de episc. audientia*. Quæ fere confirmata a Leone & Anthemio; eo addito, quod Clerici peregrini ex Provinciis Constantinopolim venientes, ibidem non nisi apud præfectum prætorio cogerentur litigare; de cætero omnes ordinariis subessent suæ provinciæ moderatoribus, *l. omnes* 33. *C. de episcop. & clericis*. Justinianus vero generaliter ordini Clericorum dedit, ut in causis quidem ecclesiasticis non alios sortirentur judices, quam Episcopos, aut Metropolitanos, & provinciæ suæ synodos, aut Patriarchas, causa apud Episcopos primum agitanda, & per appellationes deinceps gradatim ad superiores deferenda: in civilibus, sub quibus & criminalia, actoris electio esset, an civilem an ecclesiasticum judicem adire malit, *l. sancimus ut nemo* 29. *C. de episc. audientia*. Tandem post quasdam varietates, *ex novell.* 79. & 83. petendas, constituit in *novell.* 123. *cap. sed neque pro* 8. 21. 22. 23. Episcopum ad judicem civilem vocari non posse, sine speciali jussu Principis; sed magis ad Metropolitanum; Metropolitanum ad Patriarcham: causas omnes ecclesiasticas non nisi a judice ecclesiastico dijudicandas esse; œconomos, xenodochos, nosocomos, prochotrophos, & aliorum venerabilium locorum administratores, apud Episcopum suum de rationibus administrationis & debitis administrationis intuitu interpellari oportere: Clericos & Monachos in causis civilibus ad Episcopum vocandos, appellatione tamen ad ordinarium judicem patente ei, qui se sententia Episcopi gravatum putat, ac appellatione ulteriore deinceps denegata, si per ordinarium judicem sententia Episcopi confirmata sit: in criminalibus itidem ad Episcopos, ita ut convicti, ab iisdem ecclesiastico honore spolientur, a judice seculari deinceps judicandi ac puniendi. Jure Canonico de civilibus Clericorum causis soli judices ecclesiastici judicant; ne prorogatione quidem jurisdictionis in judices seculares permissa, *cap. si diligenti* 12. *& cap. significasti* 18. *extra, de foro compet.* de criminibus iidem, hactenus, ut nocentes ab ecclesiastica dignitate depulsos judici seculari tradant ulterius puniendos, *cap. novimus* 27. *extra, de verbor. significat.*

111 Senatoribus insuper atque clarissimis forum peculiare Romani Imperatores indulserunt in causis civilibus; non item in criminalibus, reatu omnem honorem excludente. Illustribus tamen etiam hic honor fuit habitus, ne ordinarios in ipsis criminum accusationibus judices sortirentur, ut paulo ante dictum, *l.* 2. 3. *& tot. tit. C. ubi senatores vel clarissimi*. Quocum in plurimis conveniunt Hollandiæ mores, secundum quos Hollandiæ nobiles, Curiarum Hollandicarum senatores, nec non fœderatarum Provinciarum delegati ad collegia publica Hagæ-comitis congregari solita, eorumque ministri, Academiæ Batavicæ antecessores, advocati denique Hagæ-comitis degentes, & quotquot veniunt appellatione suppositorum Curiæ, nec opificium nec artificium profitentes, in causis civilibus ac criminalibus non nisi coram Hollandiæ curia conveniri possunt; alibi apud inferiora Hollandiæ tribunalia nec verbali nec reali in jus vocatione inquietandi: exceptis tamen quæstionibus de servitute, de finibus, ac in rem actionibus, quæ ordinario judici inferiori reservatæ sunt. *Provisionele Ordre op de differenten tusschen den Provincialen Raden en de Magistraat van 's Gravenhage* 27. *Septembris* 1614. *art.* 9. 10. 12. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1578. *instruct. Curiæ Holland. art.* 8. *&* 73. statuto *Acad. Leydens. art.* 39. Wassenaar *pract. jud. cap.* 1. *n.* 17. Groenewegen *ad rubr. C. ubi senatores vel Clariss.* Etsi enim verum sit, causas criminales ratione nobilium, senatorum, advocatorum, similiumque, non debere censeri subductas ordinariorum judicum jurisdictioni, si statuto tantum cautum esset, tales *in actionibus omnibus in personam* non nisi apud Curiam superiorem conveniri posse; eo quod *actionis* vocabulo accusatio in dubio comprehensa non est, ac statutorum vocabula in propria debent accipi significatione, quoties ab ea recedi non suadet absurdus alioquin futurus statuti sensus; ideoque his aliisque motus parens p. mem. Paulus Voet de Curiæ Ultrajectinæ advocatis responderit, eos in criminibus urbano judici mansisse subjectos, dum Curiæ provincialis instructione *tit.* 4. *art.* 15. tantum personalium actionum mentio comprehensa est, *tract. de statutis sect.* 7. *cap.* 3. *n.* 16. *usque ad finem*, tamen de Hollandiæ advocatis, & similibus curiæ suppositis, contra dicendum est; eo quod non simpliciter in personalibus actionibus dicuntur curiæ subjecti esse; sed generaliter *jurisdictio* sine distinctione inter civiles & criminales causas Curiæ provinciali in nobiles & suppositorum appellatione venientes competere, *privative*, ut habet d. conventio inter Curiam provincialem &

& Magistratus Hagienses, *d. art.* 9. Plane si in causis civilibus non rei sed actores sint, ad curiam suos haud possent evocare adversarios, sed secundum jus commune sequi teneutur forum rei (quod & de Academiæ hujus antecessoribus cautum *statut. art.* 39.) eo excepto, quod pro salario consequendo etiam advocatis ac procuratoribus data potestas est suos adversarios ad curiam vocandi, *d. art.* 73. *instructionis Curiæ Holland.* quo jure etiam Ultrajectinos & Brabantinos advocatos uti, patet ex *instruct. Curiæ Ultraiect. tit.* 4. *art.* 13. Brabant. *art.* 295.

112 Si tamen nobiles, senatores, advocati, similesque, extra Hollandiæ territorium in aliis locis deprehendantur, aut bona habeant, recte illic personali possunt conveniri actione mediante arresto, atque etiam delicti aut criminis accusari; eo quod privilegium nihil operari potest ultra aut extra territorium ejus, qui illud concessit. Groenewegen *ad l.* 1. *C. ubi senat. vel clariss.* quemadmodum etiam consiliarios civitatum, nec non advocatos apud judices inferiores in urbibus Hollandiæ praxin exercentes, ibique fixum habentes domicilium, apud ordinarios judices, ubi larem fovent, conveniendos esse, notat idem Groenewegen *ad rubric. C. ubi senator. vel clariss.* n. 3. Uti & nobiles Hagæ non degentes apud ordinarium judicem vel curiam provincialem conveniri possunt, ita ut præventioni locus sit. *Instruct. Curiæ Holl. art.* 8.

113 Quod si in ipso deliquerint officio, qui ad res maritimas curandas collegiis maritimis tanquam assessores adscripti sunt, (*Raden ter Admiraliteyt*) aut aliorum Belgii Fœderati collegiorum membris accensiti, sic ut in verba Ordinum Generalium juraverint, coercitio non ad ordinarios judices loci, in quo muneris obeundi causa morantur, sed ad Ordines Generales, vel ad Ordines illius provinciæ quam repræsentant, judicesve ab iis delegatos, spectare videtur. Quod & usu servatum vidi, ac multis adstructum est in respons. JCtor. Holland. *part.* 5. *consil.* 117. confer tamen *placitum Ordin. Holl.* 3. *Octobr.* 1656. *vol.* 2. *p.* 1157. *&* 2461. ubi jus singulare est quantum ad eos, qui Ordinibus Hollandiæ subjecti, ex suscepto munere cœperunt Ordinibus generalibus sacramento devincti esse, & in officium dicuntur commisisse. Quid in Germania de virorum illustrium foro competente obtineat, vide apud Meyerum *colleg. Argentorat. ad Pand. h. t. n.* 257. *& seqq.*

114 Ad hæc mercatorum & opificum proprios fuisse judices, qui de his judicarent, quæ ad negotiationem aut artificium certum spectabant, innuit satis *l. ult. C. de jurisdict. omn. judic.* ut tamen actoris in arbitrio fuerit, an apud ordinarium, an magis apud peculiarem istius negotiationis aut artificii judicem, vellet suum convenire adversarium; idque de spectantibus ad illud artificii vel mercimonii genus negotiis, non item aliis, *d. l. ult.* Quanquam vero nunc apud nos penes pleraque artificum collegia ac præfectos eorum potestas exigua prorsus est, teste Groenewegio *ad d. l. ult.* in aliis nihilominus regionibus etiamnum sat magna apparet, ut constat ex iis, quæ habet Brunnemannus ad *d. l. ult.* Sed & in Belgio Fœderato societati mercatorum gentis Anglicanæ datum fuit, ut in civilibus ordinario non subsint judici, sed suo proprio, per quem more gentis illius jus dicatur: si modo propriæ, non item cessæ actiones in judicium deducantur: in criminalibus subsint ordinario loci judici; ita tamen, ut cum accusato delator criminis simul carceri mancipetur petente reo, nec dimittatur, nisi convicto eodem, aut dimisso. *Placitum Ordin. General.* 9. *Januarii* 1587. *vol.* 1. *placit. Holland. pag.* 756. *& seqq. præcipue* 763. In Portugalliæ quoque regno peculiaris judex est, quem *judicem conservatorem* dicunt, cujus est de privatis ibidem ortis inter Belgii Fœderati incolas litibus judicare; & sine cujus consensu Belgam a Judice Portugallo ob crimen apprehendi, nefas est; nisi in flagrante fuerit delicto deprehensus. *Instrumentum Pacis inter Portugalliæ Regem & Provincias Fœderatas* 6. *Augusti* 1661. *artic.* 9. *&* 14. *vol.* 2. *placit. Holland. pag.* 2855. *&* 2858. Extat præterea amplissimum Nationi Belgicæ a Rege Persarum concessum fori peculiaris in Persia Jus, anno 1623. & ab Ordinibus generalibus confirmatum 24. Dec. 1624. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1315. ac quibusdam etiam nationis Belgicæ apud gentes extraneas consulibus id datum fuit, ut inter mercatores Belgas judices essent, *Acte van de Staten General voor den Consul van Aleppo, nopende de Judicature* 17. *Febr.* 1616. *vol.* 2. *placit. Holland. pag.* 1538. Quæ juris dicundi potestas etiamnum salva est illis, qui per urbes Imperatori Turcarum parentes consulatu gentis nostræ conspicui sunt: at aliis, per regiones mari Mediterraneo in Hispania, Gallia, Italia adjacentes consulatu fungentibus, adempta prorsus seu denegata. *Placito Ordin. General.* 24. *Julii* 1658. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1343. De aliis collegiorum aliorum membris, aut certo ministerio addictis, puta, de agentibus in rebus, ministerianis, silentiariis & cubiculariis Imperatoris, exceptoribus, fabricensibus sacræ fabricæ, suariis, reliquisque id genus pluribus, quo in loco competens sortiantur forum, dicere supersedeo; videatur, si opus, Meyerus *Colleg. Argentor. ad Pand. h. t. n.* 268.

115 Pupillis præterea & viduabus aliisque personis miserabilibus, ne circuitibus longoque litium gradatim varios apud judices tractandarum sufflamine res suas viderent attritas, tributum, ut, si velint, prætermisso inferiore judicio, causæ suæ examen per saltum Principali possint examini committere, *l. unic. C. quando Imperat. inter pupillos vel viduas vel al. miserab. personas cognoscat.* Non tamen inter interpretes expeditum satis est, quinam hic miserabilium personarum veniant appellatione. *Pupillorum* quidem mentione occurrente, & eorum, *qui diuturno morbo fatigati sunt & debiles*, non dubium, quin & ad minores, & prodigos, & furiosos, & generaliter omnes eos, qui propter animi corporisve vitium aliena cura indigent, privilegium hocce porrigendum sit, arg. *l. & mulieri* 15. §. 1. *ff. de curator. furioso, & aliis extra min. dandis*, *l. dabimusque* 19. §. 1. *l.* 20. 21. 22. *ff. de reb. auctor. jud. possid. vel vendendis*, neque absurdum fuerit, ad senes quoque decrepitos, qui propriis rebus superesse nequeunt, nec minus quam pupilli alieno egent auxillo, jus idem transferre, cum his pueri senes tales sint, ac senectus ipsa morbus. Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 1. *tract. de*

sen-

sentent. provisionalib. art. 3. *gloss. ult. n.* 11. Math. de Afflictis *decis.* 257. *in pr.* Aug. Barbosa *in Collectan. Cod. ad d. l. unic. n.* 34. Menochius *de arbitrar. judic. lib.* 2. *casu* 66. *n.* 20. Maschardus *de probation. conclus.* 1066. *n.* 5. Tuldenus *ad tit. C. quando Imp. inter pupill. n. ult.* Sub viduabus an & virgines majorennes comprehendantur, minus certum. Antiquioribus plerisque visum fuit id affirmandum, ut patet ex Menochio *d. casu* 66. *n.* 8. Aug. Barbosa *ad d. l. unic. num.* 5. *& seqq.* Covarruvia *pract. quæst. cap.* 7. *n.* 2. & de Frisiæ praxi id testatur Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 1. *defin.* 2. Nec veri specie caret ista opinio; viduam enim non eam solum dici Labeo ait, quæ aliquando nupta fuisset, sed eam quoque mulierem, quæ virum non habuisset, *l. malum* 242. *§. viduam* 3. *ff. de verbor. signific.* Sed cum novum non sit, vocabula vel in proprio vel etiam improprio sensu tum apud probatos auctores tum in jure nostro accipi; ut in stupri & adulterii, rupti & irriti, cognatorum, fratrum, filiorum, aliarumque rerum prope innumerarum appellatione contingit, *l. inter liberas* 6. *§. lex* 1. *ff. ad leg. Jul. de adulter. §. hoc autem* 5. *Instit. quib. mod. testam. infirm. l. falsa demonstratio* 33. *ff. de condit. & demonstr.* junct. *l. neque professio* 5. *C. de testamentis, l. filii appellatione* 84. junct. *l. justa interpretatione* 201. *ff. de verb. signif. §. ult. Instit. qui testam. tut. dari poss.* a propria autem vocis significatione recedendum non sit, nisi quando manifestum est, illud voluisse legislatorem, *l. non aliter* 69. *ff. de legatis* 3. maxime in iis, quæ contra juris communis rationem jure singulari introducta sunt, arg. *l. quod vero contra* 14. *ff. de legibus*, neque dubium sit, quin vidua proprie dicatur illa, quæ aliquando nupta fuit; consequens est, ut d. legis unic. dispositionem non satis apte virginibus seu innuptis puellis accommodemus; quod & placuit Covarruviæ *d. cap.* 7. *n.* 2. Andr. Gayl *libr.* 1. *observ.* 1. *n.* 42. 43. Tuldeno *ad tit. C. quando Imp. inter pupillum &c. cognoscit, n. ult.* ac nostris moribus comprobatum est, quibus non nisi certis in casibus puellæ innuptæ hoc fori privilegio uti solent; puta si justa de causa nimiam adversarii potentiam reformident, vel impraegnatæ duci se aut dotari, & infantem ali petant, Groenewegen *ad d. l. unic. n.* 3. & 4.

116 Viduabus tamen, quæ maritum extulerunt, annumerandæ videntur nuptæ illæ, quibus mariti inutiles sunt, ut frustra a viris suis defensionem sperent; veluti si vel exul sit maritus, vel ad triremes damnatus, vel captus ab hostibus, vel furiosus, vel prodigus declaratus, sic ut ipsi vivo, vigenti, videntique jam quasi funus ductum sit, & civiliter pro mortuo habendus videatur. Quo facit quod jure Canonico legitur, Ecclesiam juxta communem loquendi modum dici viduatam, quæ licet Episcopum habeat, inutilem tamen perhibetur habere, *cap. inter corporalia* 2. *in med. extra, de translat. episc.* Covarruvias *pract. quæst. cap.* 7. *n.* 2. vers. *est & in hoc eodem*, Menochius *de arbitrar. judic. lib.* 2. *casu* 66. *n.* 9. Aug. Barbosa *in Collect. Cod. ad d. l. unic. n.* 9. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 1. *n.* 44.

117 Nec refert, utrum paupertinæ an opulentæ hæ personæ sint; cum sola conditio atque status, non item patrimonium, in hoc fori privilegio consideratum sit, nec d. l. unica distinctionem faciat. Menochius d. *casu* 66. *n.* 11. Andr. Gayl *lib.* 1. *observ.* 1. *n.* 40. Cancerius *variar. resolut. part.* 2. *cap.* 2. *n.* 5. Aug. Barbosa *ad d. l. unic. n.* 20. ibique plures allegati.

118 Porro & mercatores a domicilii loco absentes, in locis illis, in quibus negotiationis ergo peregrinantur, tanquam miserabiles personas considerari debere fori intuitu, si in vectigalibus aliisque similibus graventur, statuunt Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 1. *tract. de sentent. provisional. art.* 3. *glos. ult. n. quinto, mercatoribus*. Menochius *d. casu* 66. *n.* 18. Barbosa *ad d. l. unic. n.* 37. Quod in Belgio Fœderato hactenus verum, ut de vectigalibus similibusque pro mercium importatione & exportatione solvendis cognoscant non ordinarii judices, sed præposita rei maritimæ collegia, ut *in seqq.* dicetur. Quamvis hoc favore mercaturæ in Hollandia constitutum sit, litem inter duos mercatores peregrinos, prætermisso ordinario judice inferiore, imo & prætermissa curia provinciali, prima instantia apud supremam curiam posse moveri, *instruct. curiæ supremæ art.* 18. eodem modo, quo antea supremæ Curiæ Mechliniæ institutæ cognitio inter tales peregrinos data fuerat. *Statut & Ordonnance declaratoire par Charles V. anno* 1523. 7. *Octobr. vol.* 2. *placitor. Holl. pag.* 1526. *post med.*

119 Ecclesias insuper piasque causas, nosocomia, gerontocomia, orphanotrophia, & alia similia, pupillorum exemplo gaudere fori prærogativa secundum d. l. unic. passim ab interpretibus, paucis dissentientibus, tradi videas. In gerontocomiis sane & nosocomiis & brephotrophiis ac similibus esse miserabilium personarum congeriem, ambiguum haud est, ac pluribus adstruit Marta *digestis juris noviss. tom.* 6. *tit. hospitale cap.* 9. ut proinde, quod jus singulis competiturum esset, id universis denegari, iniquum foret; præcipue, cum & in litibus universitatum velint huic privilegio locum esse, eo quod universitas & viduas & pupillos & alias personas fortunæ injuria miserabiles in se concludit. Nec aliud in Ecclesia statuendum videtur, si illa de patrimonio cogatur litigare. Etsi enim *in tit. de minoribus* monitum fuerit, non semper a pupillis ac minoribus ad Ecclesiam argumentum valere, nec jura quæcunque singularia pupillis indulta protinus & ad Ecclesias debere transferri: ratio tamen diversitatis nulla quantum ad hoc præsens privilegium inter pupillum Ecclesiamque apparet; cum utique Ecclesia æque ac pupillus, oppressionem reformidare debeat; quippe æqualiter cum pupillo ignara rerum suarum, per alios administrandarum, ac tum in judiciis, tum extra ea, alieno defendendarum arbitrio ac fide. Vide August. Barbosam *ad d. l. unic. n.* 58. Cancerium *d. lib.* 2. *cap.* 2. *variar. resolut. n.* 15. *& seqq.* Menochium *d. lib.* 2. *casu* 66. *n.* 19.

120 Quia vero lex non distinguit, utrum tales personæ miserabiles actoris an rei partes in judicio subituræ sint, consequens est, ut hanc iis prærogativam asseramus, sive ipsæ agant, sive conveniantur; sic ut agentes adversarium ad Principis tribunal

tra-

trahere prima lite invitum possint; conventæ ad principale judicium ab inferiore judice remitti sese jure desiderent, invitæ tamen non cogantur apud Principem litigare, præterito judice ordinario inferiore, sive actrices sive reæ sint. Gudelinus *de jure noviss. lib. 4. cap. 2.* vers. *deinde sciendum*, seu *n.* 23. Covarruvias *pract. quæst. cap. 7. n. ult.* versu *sexto deinde*. Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 11. Perezius *Cod. ad d. tit. quando Imper. inter pup. vel vid.* Quod jus etsi generali in Gelria consuetudine abrogatum testetur Frederic. a Sande *de feudis Gelriæ tract.* 3. *cap.* 1. *n.* 16. in aliis tamen plerisque locis etiamnum receptum est, eatenus, ut non ipse quidem Princeps, sed superiores judices (apud nos Curiæ Provinciales) de litibus talium, id desiderantium, queant judicare. Instruct. Curiæ Holland. *art.* 8. Curiæ Ultraject. *tit.* 1. *art.* 18. Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 1. *defin.* 2. Nec contrarius est Germaniæ usus; cum id unum tantum denegatum sit, ne miserabiles personæ ad cameram Spirensem suos prima instantia adversarios vocent; de cætero Principes cujusque regionis ipsos de talium causis cognoscere, testis est Andr. Gayl *lib.* 1. *observ.* 1. *n.* 40. Suntque hæc certa apud nos, si miserabiles personæ agant; intantum, ut & pupilli recte suos tutores ad curiam provincialem vocent, ad id, ut hi condemnentur in loco administratæ tutelæ, vel apud magistratus, a quibus creati sunt, rationes reddere. Groenewegen *ad d. l. unic. C. quando Imperator &c.* Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 22. At si conveniantur, contendi haud immerito posset, eas ad ordinarium judicem sic posse & debere vocari, ut nec fori declinatoria exceptione opposita desiderare queant, ad curiam Hollandiæ sese remitti; eo quod nominatim illud privilegium invenitur indultum viduabus Professorum Academiæ, quæ Leydæ est, ut invitæ non nisi coram Hollandiæ curia conveniantur. *Statuta Acad. Leyd. art.* 59. quod sane frustra de hisce videretur constitutum, si omnibus viduabus commune esset, ut ordinarii judicis possent declinare jurisdictionem in jus vocatæ. Confer Christinæum *vol.* 1. *decis.* 259. *n.* 14. *& seqq.* ubi de suæ regionis more agens hoc privilegium etiam viduabus ac pupillis similibusque in jus vocatis tribuit, nisi jam litem contestatæ aut contestati essent; adeo ut tum minoribus nec per in integrum restitutionem succurrendum putet, ad litem contestatam alio transferendam.

121 Nihil autem interest, an hæ personæ ex proprio capite, an jure hæreditario, jus agendi adeptæ sint, dum non privilegiato hæredes extiterunt; cum neque d. l. unica distinguat, nec mores hactenus introduxerint quantum ad hoc fori privilegium inter proprias & hæreditarias actiones diversitatem. Quemadmodum etiam in Hollandia non refert, utrum lis ipsis intercedat cum aliis non privilegiatis, an cum aliis æquali fori prærogativa munitis, dum pupillus pupillum, vidua viduam, aut pupillus viduam in jus vocat; qua de praxi testatur Groenewegen *ad d. l. unic. n.* 7. Leeuwen *cens. for. par.* 2. *lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 18. quod & in Catalaunia probari tradit Cancerius *var. resolut. part.* 2. *cap.* 2. *n.* 23. 24. Quamvis cessante constante fori usu, magis generalibus juris fundamentis conveniens esset contraria sententia; eo quod privilegiatus contra æque privilegiatum non potest suum exercere privilegium, sed eo potius loco habendus est quantum ad adversarium æquali jure gaudentem, ac si nulla præ reliquis prærogativa munitus esset: arg. *l. verum* 11. *§. ult. ff. de minor.* 25. *annis. l. sed & milites* 8. *pr. ff. de excusat. tutor. l. ult. §.* 1. *in fine Cod. qui potior. in pignore.* Cui consequens foret, ut ex jure communi ipse, tanquam actor, rei forum ordinarium deberet sequi. Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 1. *defin.* 2. August. Barbosa *in collectan. ad l. unic. C. quando Imperator inter pupillos &c. n.* 29. Covarruvias *pract. quæst. cap.* 7. *n.* 4. Ant. Thessaurus *decis.* 177. *n.* 9. *in med.* adeo ut nec probanda videatur Antonii Fabri opinio, qui *lib.* 3. *Cod. tit.* 13. *defin.* 1. censuit, actorem privilegiatum recte evocaturum suum adversarium privilegiatum ad tribunal superius, quando cum personali prærogativa fori, causæ ipsius privilegium ac favor concurrit, veluti si vidua dotem repetat a pupillis. Manet enim, non obstante dotis favore, æqualitas privilegii quantum ad forum attinet; neque ex eo, quod in aliis dotes præcipuum meruerint favorem, recte induxeris, fori quoque intuitu viduam, de ejus restitutione contendentem, majore quam pupillos jure gaudere, ac prævalere.

122 Denique nec interest, utrum miserabiles hæ personæ solæ in lite subsistant, an alios habeant non privilegiatos litis ejusdem consortes, sic ut & ipsi non privilegiati eo casu fori privilegiati reddantur participes, si modo idem cum privilegiatis jus habeant, ac causa in judicium deducenda individua sit: arg. *l. si communem* 10. *ff. quemadmod. servitut. amittantur*: non item si dividua sit: arg. *l. unic. Cod. si in communi eademque causa restitutio postuletur*, nisi & dividuam, ad plures spectantem, existimemus in universum in foro privilegiato definiendam esse, ne continentia causæ dividatur: arg. *tit. ff. quibus ex causis ad eund. jud. eatur.* Vid. Costalius *ad d. l.* 10. *ff. quemadmodum servit. amitt.* Covarruvias *pract. quæst. d. cap.* 7. *n. ult. in fine.* Aug. Barbosa *Collect. Cod. ad l. unic. quando Imp. inter pupillos &c. n.* 17. Cancerius *var. resolut. part.* 2. *cap.* 2. *n.* 27. 28. Quicquid sit, in causis saltem dividuis si solæ miserabiles personæ pro sua parte in privilegiato cœperint foro experiri, liberum reliquis esse debet, ut sese eis agentibus adjungant, & ita simul causam persequantur; ne alioquin sententia contra personam privilegiatam lata ipsis quoque non privilegiatis eodem jure munitis præjudicio sit; nam etsi res inter alios acta aliis directo non noceat, tamen in una eademque causa sequior relata per unum sententia ingentem adversus reliquos, ex eodem jure litigaturos, inducit causæ non bonæ præsumptionem.

123 Quod si in contrahendo renunciaverint suo fori privilegio, an renunciatio rata haberi debeat, quæstionis est. Plerisque eam inutilem esse, visum fuit, eo quod privilegium hoc non privato favore, sed publico, & miserationis intuitu concessum est, cujus generis beneficiis non valide renunciari vel ex

eo

eo apparet, quod & cessionis beneficio renuncians ad illud tamen ad inopiam redactus confugere non prohibeatur, (ut alibi dicetur) ita Ant. Thessaurus *decis.* 177. *n.* 4. Cancerius *d. part.* 2. *variar. resolut. cap.* 2. *n.* 29. Aug. Barbosa *ad d. l. unic. C. n. ult.* Petrus Barbosa *ad l. alia causa* 15. §. 1. *n.* 49. & 50. *ff. soluto matrimon.* Andr. Gayl *lib.* 1. *observ.* 1. *n.* 40. Sed juri magis conveniens est, renunciationi factæ standum esse, cum ea bonis non adversetur moribus, & obtinuerit, unumquemque licentiam habere his, quæ pro se introducta sunt, renunciandi: *l. pen. Cod. de pactis.* Verum faciente in contrarium, quod non privato sed publico favore hoc jus fori inductum sit; cum non minus militibus publici favoris intuitu privilegium militaris judicii datum fuerit; quos tamen suo posse juri renunciare, palam est ex *d. l. pen.* Neque semper verum est, invalidam esse renunciationem juris ex miseratione concessi: quod enim beneficio cessionis nemo possit ex renunciatione privari, id peculiari nititur ratione, quod scilicet nemo membrorum dominus sit: *l. liber homo* 13. *ff. ad leg. Aquil.* adeoque nec membra seu corpus suum jure possit ad perpetui carceris squallorem & macerationem obligare; quod tamen futurum esset, si beneficii cessionis renunciatio firma foret; quippe quæ potissimum ad id proficit miseris, ne condemnati ob debitum in carcerem detrudantur: *l.* 1. *C. qui bonis cedere poss.* de cætero, non magis viduabus, pupillis, aliisque similibus hoc fori peculiaris jus ex miseratione datum est, quam studiosis suum: *quis enim* (inquit Imp. Fredericus *in auth. habita C. ne filius pro patre*) *eorum non misereatur, qui amore scientiæ exules facti, de divitibus pauperes, semet ipsos exinaniunt, vitam suam multis periculis exponunt, & a vilissimis sæpe hominibus corporales injurias sine causa perferunt.* Quos tamen militum armatorum exemplo renunciare posse fori prærogativis, nisi apud nos minorennes sint, supra dictum est. Perezius *tit. Cod. quand. Imper. inter pupillos &c. cognoscat, num. cæterum sunt* 5. Ant. Matthæus *de judiciis disput.* 4. *n.* 39. Eoque facit, quod miserabilibus hisce personis liberum sit, non uti jure suo, & ad ordinarium judicem litigatum ire; ut ante dictum; in tantum, ut nec restitutione in integrum juvandi sint pupilli, aut viduæ, ut ut minorennes, si per eam sub obtentu litis per errorem apud ordinarios judices contestatæ intenderent ad forum privilegiatum remissionem; cum & favor ordinariæ jurisdictionis, & læsio vel incerta, vel sane non admodum magna, restitutionem hoc casu videatur impedire. Covarruvias *pract. quæst. cap.* 7. *n. ult.* vers. *nono.*

124 Non tamen huic fori privilegio locus est, si pupillis similibusque de minuta tantum quantitate debiti lis cum alio intercedat; qua de causa etiam, uti aut moribus aut legibus municipalibus apud varios populos certa quantitas definita invenitur, intra quam consistens res controversa, apud ordinarium judicem petenda est; ut patet ex Cancerio *var. resolut. part.* 2. *cap.* 2. *n.* 21. Covarruvias *d. cap.* 7. *pract. quæst. n.* 3. *vers. hoc tamen privilegium*, aliisque; ita in Hollandia constitutum, ut si personæ miserabiles una cum adversario eodem in loco larem foveant, non aliter ordinarii judicis jurisdictionem declinent, ac apud curiam provincialem litigent, quam si inter degentes majoribus in urbibus de debito trecentos florenos excedente, in minoribus (quibus & Haga-Comitis adnumerata) centum & quinquaginta, in pagis quinquaginta superante, lis sit. Sin diversis sub judicibus Hollandis degant, si quidem in urbe, lis centum aureos excedere debeat, sin ruri, quinquaginta, ut judici ordinario subduci ex hoc privilegio possit; non actoris sed debitoris domicilio considerato, an in urbe an ruri sit: *nader Ampliatie van d' instruct. van den Hogen en Provincialen Rade* 24. *Martii* 1644. *artic.* 5. 6. 7. Nec Zelandi ab Hollandis, nisi quantitas ducentis & quinquaginta florenis major sit, *nader provis. accoord tusschen Holland en Zeeland* 11. *Junii* 1674. *art.* 4. Simile quid, licet diversa quantitate, cautum instruct. Curiæ Flandricæ *art.* 8. 9.

125 Etsi autem frequentius probatum fuerit, etiam tunc hoc fori privilegium competere, cum actio per non privilegiatum privilegiato cessa est; tum quia *d. l. unic. quand. Imper. inter pup. cognoscat*, non distinguit, unde nec nostrum est distinguere; tum quia, ut supra a me traditum de studiosis, exceptio declinatoria fori, tanquam mere personalis, generaliter cessionario privilegiato opponi nequit, licet cedenti opponi potuisset, si modo cessio bona fide facta fuerit. Barbosa *in Collectan. ad d. l. unic. n.* 15. Matth. de Afflict. *decis.* 74. Cancerius *d. part.* 2. *var. resolut. cap.* 2. *n.* 28. *in fine.* Hollandis tamen ac Ultrajectinis magis placuit, privilegium fori a miserabilibus personis in propriis quidem & hæreditariis, at nullo modo in cessis actionibus exerceri posse, sive oneroso, sive lucrativo titulo, sive ex voluntate, sive ex necessitate in rem suam procuratores constitutæ sint: *ampliatio instruct. Curiæ Holland.* 21. *Decemb.* 1579. *artic.* 1. *nader provisioneel accoord tusschen Holl. en Zeeland.* 11. *Junii* 1674. *artic.* 4. Instruct. Curiæ Ultraject. *tit.* 1. *artic.* 18.

126 Sic quoque per Hollandiam privilegio huic locus non est, si de securitate mercium transvehendarum (assurantie) quæstio miserabilibus hisce personis intercedat cum alio, quantacunque fuerit quantitas eo nomine controversa. *Ampliatio secunda instr. Curiæ Holl.* 24. *Martii* 1644. *artic.* 8. Idemque est, si de adipiscenda possessione agatur, veluti de missione in possessionem hæreditatis, quippe quæ ab ordinario domus mortuariæ Judice decernenda est. Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 55. Assignatio insuper bonorum paternorum aut maternorum, si pupillis facienda sit per parentem superstitem, eoque nomine movendum fuerit familiæ erciscundæ judicium, ordinarii Judicis, non vero curiæ Hollandicæ notionem regulariter esse, rescripto Philippi Regis ad Curiam Provincialem 3. Januarii 1557. comprehensum est; quod occurrit inter placita Ordin. Holl. *vol.* 2. *pag.* 1489. Præterea, cum legislatori Hollando placuerit, tunc, cum curator datus est hæreditati bonisve, quæ solvendo non sunt aut non esse creduntur, lites omnes ea occasione movendas per creditores aliosque, velut generali judicio, apud Ju-

Judicem ordinarium loci, in quo curator est constitutus, omni in casu ventilandas esse: *placito Ordin. Holl.* 10. *Julii* 1677. *vol.* 3. *pag.* 672. consequens est, ut nec miserabiles personæ eo casu ex fori privilegio ad curiam provincialem prima possint instantia convolare. Idemque dicendum, si judicio familiæ erciscundæ contendendum sit, cum hujus generis quæstiones tum in Hollandia tum in Zelandia in loco domus mortuariæ ventilandæ sint: *nader provis. accoord tusschen Holl. en Zeeland* 11. *Junii* 1674. *artic.* 14. Denique generaliter fori peculiaris prærogativam, personarum favore ac contemplatione concessam, cessare merito contendi potest, quoties de talibus negotiis lis agitanda est, quæ ex specialibus legibus certis tantum judicibus cum ordinarii judicis exclusione sunt demandata; veluti, cum de fraudatis vectigalibus aut tributis, de legum venaticarum transgressione, saltuum publicorum violatione, feudalibus controversiis, politicis causis, aliisque similibus, cognitio instituenda est. In his enim cessare fori privilegium alioquin non miserabilibus tantum, sed & aliis personis secundum ante dicta datum, necessarium est; cum omnibus aliis judicibus prærepta ait de causis talibus jurisdictio, & non nisi certis judicibus tributa: Vultejus *tract. de feudis lib.* 2. *cap.* 2. *n.* 23. Zoesius *de feudis cap.* 17. *n.* 3. *Notabele poincten van Leenen van Jac. de Jonge art.* 23. Plure de hoc miserabilium personarum privilegio congesta vide apud Menochium *de arbitr. jud. lib.* 2. *casu* 66. Mascardum *de probation. conclus.* 1066. Covarruviam *pract. quæst. cap.* 7. Thesaurum *decis.* 177. Rebuffum *ad constitutiones regias tom.* 1. *dict. tractat. de sentent. provisional. art.* 3. *gloss.ult.* Cancerium *variar. resolution. parte* 2. *cap.* 2. Leeuwen *censur. forens. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 11. *& seqq.*

127 Sed ut, quæ de cessante miserabilium personarum privilegio in causis, certis tantum judicibus cum ordinarii judicis exclusione demandatis, dicta sunt, manifestius appareant, operæ pretium fuerit, præcipuas harum causarum species recensere. Considerandum ergo, præfecto saltuum & assessoribus ejus commissum fuisse judicium de peccatis quocunque in loco contra venationis leges, deque violatis saltibus, & quæ his sunt connexa, ut nullus sive nobilitatis sive dignitatis sive privilegii prætextu, vel etiam sub obtentu possessionis circa jus venandi exercitæ, in qua se defendi desideraret per eos, quibus de possessione alioquin cognoscere datum est, sese præfecturæ saltuum subducere possit, & vel ordinarii judicis vel curiæ Hollandiæ jurisdictioni submittere; sive civiliter sive criminaliter de hisce agatur: Vide *constitutionem Caroli* 5. 26. *Decemb.* 1517. *artic.* 6. *vol.* 1. *placit. Holland. pag.* 1316. & *placitum Ordin. Holland.* 10. *Augusti* 1589. *d. vol.* 1. *pag.* 1396. & 25. *Junii* 1621. *d. vol.* 1. *pag.* 1420. & *sententiam cum actis apud Curiam Hollandiæ* 26. *Feb.* 1672. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 713. 714. 715. ac novissime *placitum Ordin. Holl.* 22. *Novemb.* 1670. *d. vol.* 3. *pag.* 716. sola appellatione in causis majoris momenti ad curiam Hollandiæ feudalem non ita pridem restitutam concessa. *Instructio Curiæ feudalis Holl.* 7. *Aprilis* 1661. *art.* 5. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2647.

128 Similiter Collegiis & assessoribus rei maritimæ præpositis (*Collegien ter Admiraliteyt*) data ab Ordinibus generalibus jurisdictio de præda hostili per naves bellicas, aut prædatorias auctoritate publica instructas, intercepta; de piratica non jure exercita; de litibus inter naves bellicas aut prædatorias exortis, deque delictis per eas commissis; de criminibus in ipsa navi perpetratis, quorum coercitio excedit centurionum potestatem; ut & de iis, quæ per socios nauticos reliquosque rei maritimæ operam dantes extra navim admissa sunt, si modo militaria fuerint (reservata criminum communium extra navim commissorum cognitione judicibus ordinariis loci illius, in quo illa perpetrata, vel in quo delinquentes inventi sunt) præterea de fraudatis vectigalibus mercium exportandarum vel importandarum nomine solvendis, deque illicite exportatis aut ad hostes missis, ac denique de delictis eorum, quibus in merces inferendas aut evehendas inquisitio demandata est, (vulgo *Commisen van de convoyen en Licenten en Cherchers*) *Instructie van de Staten Generaal voor de Collegien ter Admiraliteyt* 13. *Augusti* 1597. *art.* 3. 30. 31. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1531. *&* 1537. 1558. Neque interest, a quo merces, exportari prohibitæ, interceptæ fuerint; nam & si vel a militibus deprehensæ fuissent, ac intra loca præsidiaria deductæ, non ideo ad militarem judicem, sed ad hos rei maritimæ præfectos pertinere de jure vel injuria exportationis atque interceptionis aut commissi cognitionem, constitutum est decreto Ordinum General. 14. *Aprilis* 1675. *vol.* 3. *placit. Holland. pag.* 1278. *n.* 55. Quod si mercium illicitarum ad Hostes transportandarum rei non in ipso delicto deprehensi fuerint, sed demum postea tanquam edictorum transgressores accusandi veniant, non jam solis collegiis maritimis, sed & ordinariis judicibus ejus delicti executio patet, sic ut præventioni locus sit: *placito Ordin. General.* 31. *Decemb.* 1657. *art.* 9. *&* 10. *vol.* 2. *placit. Holland. pag.* 519. quod repetitum edictis variis 19. *Martii* 1665. 14. *Aprilis* 1672. 11. *Aprilis* 1673. *art.* 9. *&* 10. *vol.* 3. *placit. pag.* 254. *&* 9. *Martii* 1689. *art.* 13. *vol.* 4. *placit. Holl. pag.* 200. Quin imo, si naves aut merces redemtæ fuerint ab hostibus, ac de earum proprietate, redemptionis validitate, aut restitutione quæstio sit, non collegia maritima, sed judices ordinarios judicare debere; & quidem de plano, appellationis reformationis aut supplicationis licentia denegata, sancitum fuit in quadam facti specie 4. *Martii* 1600. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 59. *& seqq.* Similiter de delictis in navi, Indiam orientalem petente, vel inde redeunte, commissis, cognitio cameris maritimis concessa non est, sed in ipsa navi consilio nautico demandata coercitio, quoties leviora sunt, aut conspirationem involvunt, ut periculum in mora sit, aut certo certius capitalia; de gravioribus punitio ad ordinarios videtur spectare judices loci illius, ubi in Belgio vel India naves appellunt: *Artikel-Brief van de Oost-Indische compagnie* 8. *Martii* 1658. *artic.* 9. 10. 11. *vol.* 2. *placit. Holland. pag.* 1280. Confer varia de delictis militaribus aut nauticis in India occidentali aut navigatione commissis, & quæ sint militaria aut navalia

de-

delicta, occurrentia variis in placitis Ordin. General. *Ordre van de regeeringe in West-indien* 13. *Octob.* 1629. *art.* 49. 50. 51. *& seqq. vol.* 2. *pag.* 1245. in Basil. *art.* 58. *& seqq. vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1253. in Africa: 5. *Julii* 1642. *art.* 14. *& seq. d. vol.* 2. *pag.* 1270. & de delictis per socios nauticos aut præfectos navium militumve commissis quomodo judicet consilium navale, vide *Artikel-Brief reerende Oorloge ter Zee* 8. *Maii* 1645. *art.* 5. *vol.* 2. *pag.* 200.

129 Publicanorum causas quod attinet & vectigalium per eos conductorum; si quidem ipsi aut fidejussores eorum conveniendi sint ob id, quod male versati sunt circa pecunias publicas, aut rationes suas conscribendas, prætermissis acceptis, aut alterius stationis publicano ea negaverunt, quæ ille jure suo petere poterat apud delegatos Hollandiæ Ordines (*Gecommitteerde Raaden*) prima instantia lis moveri potest: *Generale Ordonnantie op de verpachtinge van de Imposten in Holland. art.* 23. 24. *vol.* 5. *placit. Holl. pag.* 812. idemque juris est, si de compositionibus illicitis, a successore in conductione, vel ab alio quocunque sint accusandi: *Ordre tegens de compositien anno* 1641. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 1655. Adde *d. vol.* 1. *pag.* 1676. *art.* 53.

Si vero lis inter ipsos oriatur publicanos eorumve socios, aut inter publicanos & ærarii quæstores, aut denique inter publicanos & impositionum fraudatores, ea primitus apud delegatos in urbibus judices agitanda est, ac intra decem septimanas terminanda; quibus elapsis, per provocationem a sententia, si ea lata sit, aut per evocationem, si mora facta, ad delegatos Hollandiæ Ordines transferri potest: *d'Ordonnantie op de verpachtinge van de Imposten art.* 30. *d. vol.* 3. *pag.* 813. 814. cum quibus conveniunt, quæ traduntur placito Ordinum Zelandiæ 18. *Sept.* 1675. *vol.* 5. *placit. Holl. pag.* 1112. & placito Consilii Status fœderati Belgii circa impositiones Ordinibus Generalibus pendendas, 7. *Martii* 1656. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1002. *& seqq.*

130 De negotiis quoque pupillaribus ad tutelæ administrationem spectantibus cognitio variis in locis peculiariter cameræ pupillaris præfectis concessa est, quoties eorum potestati nominatim testamento vel codicillis subducta non invenitur pupillorum tutela; sed quo usque, definiri certo vix potest, ac ex cameræ cujusque legibus ac moribus petendum; dummodo id unum observetur, ne aliter cameræ hæ pupillares jus decernendi ac constituendi sibi arrogent, quam si pupilli sint, ad quos bona spectant; his enim non existentibus, sed ad alios patrimonio pupillorum jam devoluto, cameram pupillarem tantum ut sequestram considerari oportere, litesque ordinarium apud judicem discutiendas esse, verius est; eo quod ad solorum pupillorum providentiam tales præfecturæ pupillares inductæ & auctoritate munitæ sunt. Responsa JCtor. Holl. *part.* 5. *vol.* 1. *consil.* 36. quod repetitum *d. part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 26.

131 Feudales controversias jam olim ex scriptis feudorum consuetudinibus suos peculiares habuisse judices curiam feudalem in eaque assidentes curiæ pares, ex scriptis feudorum consuetudinibus abunde constat; ut tamen casus varii videantur distinguendi: aut enim inter vasallos duos de feudo lis est, aut inter dominum & vasallum, aut inter dominum & extraneum, aut denique inter vasallum & extraneum. Si inter duos vasallos de feudo lis sit, dominus directus, quive ejus vicem gerit, una cum curiæ paribus idoneus judex est: *lib.* 2. *feud. t.* 55. *§. ult. in fine de prohibita alienat. per Frederic. & d. lib.* 2. *tit.* 34. (licet Mediolani aliud dicatur servatum *d. tit.* 34.) nisi Dominus quodammodo in ea re suspectus sit, quod evenit, si dominus de antiquo feudo, quasi ob defectum agnatorum aperto, alium investierit, agnatus autem existens, illud, ut non apertum, sed jure successionis sibi quæsitum evincere conetur; tunc enim, quia dominus de evictione teneretur perperam investito, atque ita in sua videretur judicare causa, non quidem ad judicem ordinarium lis ea transferenda fuit, sed per solos curiæ pares, excluso domino, dirimenda: *lib.* 2. *feudor. tit.* 46. *an apud jud. vel curiam.* Quod autem in *lib.* 2. *feud. tit.* 15. *de investitura in maritum facta* scriptum est, magis apud ordinarium judicem, aut arbitrum utriusque consensu electum, quam apud eundem dominum hoc litigium fore determinandum; id tunc verum erit, cum nulli curiæ istius dominicæ pares sunt, aut per ætatem aut aliter ad judicandum inhabiles; tunc enim satius esset, ordinario judici, quam domino in propriam utilitatem judicaturo, causam committi. Quod si de feudi retractu quæstio sit inter emptorem feudi & agnatos retractum desiderantes, magis est, ut per curiam feudalem ea finiatur: eo quod & emptor & retractum faciens tanquam vasallus considerandus est, alter ut fiat talis retractu interposito, alter vero, ut maneat, eodem impedito. Responsa JCtor. Holl. *part.* 1. *consil.* 185. *quæst.* 5. Rosenthal. *de feudis cap.* 12. *conclus.* 12. *n.* 97. *& seqq.* præsertim posita consuetudine, quod retrahere cupiens ante omnia debet investitus fuisse per dominum directum, alioquin ad retractum tentandum haud admittendus; de qua post alios testatur Groenewegen *ad Hug. Grotii manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *n.* 13. Si inter dominum & vasallum contentio sit; si quidem ita, ut vel vasallus se vasallum, vel dominus se dominum esse neget, atque adeo alteruter rem non feudalem sed allodialem esse dicat, ordinarii judicis ea de re notio est. Sin in confesso sit, vasallum alterum esse, alterum dominum, sed de feudi investitura, conditionibus, usu, militia, servitiis, restitutione, amissione, aliisque similibus ad constitutionem, conservationem, aut privationem feudi spectantibus, disputetur, ad pares curiæ cognitio pertinet: *lib.* 2. *feud. tit.* 16. *de controversia feudi apud pares terminanda.* & *tit.* 55. *§. ult. in fine de prohib. feud. alienat. per Fredericum.* & *tit.* 39. *§. si inter, de alienatione paterni feudi.* & *lib.* 1. *tit.* 21. *de feudo sine culpa non amittendo.* & *tit.* 22. *§. ult. quo tempore miles investit. petere deb.* Si inter vasallum & extraneum, vel inter dominum & extraneum, lis orta, veluti de finibus aut servitutibus prædiorum confinium, quorum alterum feudale, allodium alterum est, vel si vasal-

sallus agat aut conveniatur ob id, quod rei feudalis custodiam alteri commisit, aut eam oppignoravit, non nisi apud ordinarium judicem hæ controversiæ tractandæ sunt, actore secundum generalia principia forum rei sequente: eo quod nuspiam in consuetudinibus feudorum cognitio de talibus invenitur vel Domino vel curiæ paribus delata. Confer Vultejum *de feudis lib.* 2. *cap.* 2. *n.* 53. *& seqq. ad n.* 42. Rittershusium *partition. feudal. lib.* 2. *cap.* 9.

132 Mores Hollandiæ si scruteniur, ut silentio involvam ea, quæ antiquissimis temporibus obtinuere tum ex Caroli Burgundiæ ducis constitutione *anno* 1469. tum ex Caroli V. latiore Instructione Curiæ feudalis *anno* 1519. *vol.* 2. *placit. Hol. pag.* 681. *& seqq.* seculi hujus initio de controversiis feudalibus judicabat prima instantia curia domini subinfeudantis, si de subfeudis, seu feudis cursus in feudum a vasallo datis, ageretur, etsi vasallus curiæ suæ paribus destitutus adhibitis alienæ curiæ paribus jus dicturus esset; a cujus sententia ad Curiam Feudalem Hollandiæ deinceps appellatum fuit: sin de concessis ab Hollandiæ comitatu feudis contenderetur, prima ejus cognitio eidem competebat Hollandiæ Curiæ feudali: ut &, si de subfeudis quæstio ipsi intercederet subinfeudanti. Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 2. *tit.* 41. *n.* 79. 80. ibique Groenewegen *in notis*. *Notabele pointen van Leenen van Jacob de jonge artic.* 22. 23. Quæ curia feudalis olim a Curia Provinciali Hollandiæ distincta fuit; sed cum postea Hollandiæ curiæ Provinciali demandatum esset causarum feudalium judicium, abolita pristina feudali curia, iterum anno 1661. restitutum fuit peculiare feudalium tribunal, in quo feudorum præses (*Stadhouder van de Leenen*) una cum Curiæ provincialis præside, ac curiæ ejusdem senatoribus Hollandicis, qui & vasalli esse debebant, cognoscendi ac decidendi habebat potestatem. *Instructio Curiæ feudalis Holland.* 7. *Aprilis* 1661. *præfat. & art.* 1. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2646. Cui etiam curiæ ampliores, quam ex consuetudinibus feudalibus, jurisdictionis termini constituti sunt: etenim non modo de feudis comitatus Hollandiæ, uti & de subfeudis, quoties ipsi subinfeudanti lis est, vel jurisdictio prorogata invenitur, prima instantia competens iudex est, deque subfeudis per appellationem aut reformationem a sententia curiarum feudalium inferiorum, de subfeudis cognoscentium, quoties alii extra dominium subinfeudantem veniunt litigatum, *dicta instruct. Cur. feud. art.* 2. 3. 5. 7. sed & per evocationem, si curiæ inferiores negligentiores sint in lite feudali terminanda, & hoc ipsum desideret alteruter litigantium, juxta formam in Curia Hollandiæ non feudali circa evocationes receptam: *d. instruct. Curiæ feudal. Holl. art.* 6. Ad hæc per appellationem de causis, a præfecto saltuum & assessoribus ejus decisis, circa saltuum violationes, legum venaticarum transgressiones, & alia ad istius præfecturæ jurisdictionem spectantia, (de quibus *h. t. n.* 127.) *d. instruct. art.* 5. Nec tantum, si agatur de feudorum proprietate, sed &, si de oneribus rei feudali impositis, veluti de sorte debita, vel reditibus annuis constitutis, pro quibus feudalia pignori obligata sunt, deque aliis quibuscunque juribus in re feudali competentibus; etiam servitutibus personalibus ususfructus & similibus; (cum solæ excipiantur controversiæ servitutum urbanarum & rusticarum, ordinario judici reservatæ) præterea de finibus duorum prædiorum feudalium regundis, de jurisdictione, alluvione, privilegiis, juribus, servitiis, feudi nomine vindicandis, aut præstandis: *d. instruct. art.* 3. sic ut & emptores feudorum ac similes de re feudali litem patientes suos possint ad eandem curiam feudalem auctores evocare, ut liti assistant; ac vasalli extra Hollandiam commorantes, mediante feudorum suorum Hollandicorum arresto, edictis jure evocentur ad litem feudalem eadem in curia excipiendam: *d. instruct. art.* 8. *&* 9.

133 Si tamen de debitis, reditibus, servitutibus prædialibus, aliisque oneribus partim allodiali, partim feudali rei impositis, aut constitutis, lis instituenda sit, in actoris arbitrio est, utrum eam apud ordinarium, an apud feudalem malit judicem movere; sic ut & plenissima sententiæ latæ executio ei tunc permittenda sit, qui judicavit, promiscue in res allodiales ac feudales dirigenda: *d. instruct. art.* 4. Et quamvis novissime constitutum rursus fuerit, Hollandiæ Zelandiæque curiam provincialem, ac appellatione interposita etiam supremam curiam, de Hollandiæ Zelandiæque feudalibus cognoscere controversiis, salva vasallis subinfeudantibus suarum curiarum inferiorum prærogativa, ac prima circa subinfeudationes cognitione: *Nader Provisioneel Accoord tusschen Holland en Zeeland, anno* 1674. 11. *Junii art.* 12. eo fere modo, quo jam olim Curiæ Provinciali Ultrajectinæ de feudis Ultrajectinis judicium permissum fuerat: *instruct. Curiæ Ultraject. tit.* 1. *art.* 23. adeoque hactenus peculiaris illa feudorum Curia Hollandica judicare desierit; usum tamen insignem procul dubio retinent, quæ in *d. instructione anni* 1661. fuere definita circa quæstiones, in quibus dubitum esse posset, an apud ordinarium judicem inferiorem, an magis apud feudalem, actio instituenda sit. De feudis Flandriæ, quatenus illa Ordinibus Belgii fœderati paret, judicare Senatores Curiæ Flandricæ, qui simul Flandriæ vasalli sunt, patet ex placito Ordin. General. 1. *Martii* 1677. *ad elucidationem placiti* 25. *Aug.* 1652. *vol.* 3. *placit. Holland. pag.* 607. Plura de foro competente in feudorum quæstionibus vide apud Sixtinum *de regalibus lib.* 1. *cap.* 8. Rosenthal *de feudis cap.* 12. *conclus.* 1. *& seqq.* Vultejum *de feudis lib.* 2. *cap.* 2. Schraderum *de feudis part.* 10. *sect.* 1. *& mult. sequent.* Quibus adjungenda omnino ea, quæ ex professo de judiciis feudalibus scripsit Petrus Bort *de feudis Holland. part.* 8. *per tot. pag. mihi* 351. *& sequent. usque ad finem.*

134 Lites de possessione vel quasi possessione rerum juriumque ventilandas quod attinet, jure quidem Romano definitum fuit, separandam non esse causam possessionis a causa proprietatis, aut in diversa fora distrahendam, sed apud eundem judicem & proprietatis & possessionis controversiam suam debere tractari, ne continentia causæ dividatur; pœnæ arbitrariæ addita comminatione, si quis alium super possessione, alium super principali quæstione judicem postulaverit: *l. nulli* 10. *C. h. t.* Sed nunc ubique

Sed

fere invaluit, de proprietate quidem ordinarii judicis cognitionem esse; at de possessione & controversiis possessoriis, sive corporum, sive jurium & beneficiorum, suprema regionis cujusque tribunalia judicare. Zypæus *notit. juris Belgici lib.* 2. *de causa possess. & proprietatis pag. mihi* 53. Tuldenus *ad tit. C. ubi de possessione*. Groenewegen *ad d. l. nulli* 10. *C. h. tit.* atque ita in Hollandia Zelandiaque supremæ Curiæ id negotii datum esse, apparet ex instructione Curiæ supremæ *art.* 19. & *nader provision. accoord tusschen Holland. en Zeeland* 11. *Junii* 1674. *art.* 11. *vol.* 3. *pag.* 693. uti Curiæ provinciali id jam olim erat concessum, ante supremæ curiæ institutionem, circa beneficiorum feudorumque possessiones, *Instruct. Cur. Holl. art.* 8. 59. *& seqq. &* 172. nec per *d. artic.* 19. instruct. supremæ curiæ ademptum, ut patet ex respons. Juriscons. Holl. *part.* 4. *consil.* 181. 182. *& ibi adducta Curiæ provincialis sententia*, & *van Alphens Papegaey tit.* 16. *pag. mihi* 132. *in med.* Ultrajecti idem observari, docet instructio Curiæ Ultraject. *tit.* 1. *artic.* 19. etiamsi de proprietate quæstio subducta esset ordinarii judicis jurisdictioni, & certis tantum judicibus demandata. Qua ratione, si de feudi possessione contentio sit, non apud curiæ pares in judicio feudali, sed apud privilegiatum possessionis judicem ea agitanda est. Rosenthal *de feudis cap.* 12. *conclus.* 12. *n.* 54. *& multis seqq.* Sixtinus *de regalibus lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 27. *& seqq. ad n.* 39. Vultejus *de feudis lib.* 2. *cap.* 2. *n.* 43. *& seqq.* Quod & in Hollandia servandum, cum emphatice in instructione Curiæ feudalis Hollandicæ 7. *Aprilis* 1661. *art.* 2. scriptum inveniatur, feudalem curiam cum aliorum judicum exclusione habituram decisionem causarum feudalium *in petitorio*; cui consequens est, ut in possessorio curiæ provincialis jurisdictio agnosci debeat, secundum potestatem eidem curiæ secundum jam dicta datam, & ex d. instructione curiæ feudalis aut supremæ non ademptam, sed magis tacite reservatam. Illud inter Hollandorum ac Trajectensium mores hac in parte interest, quod Ultrajecti, lite de possessione apud Curiam Provincialem mota, etiam ipsa proprietatis controversia ibidem discutienda sit, etsi alioqnin prima de proprietate decisio judicum inferiorum potestati fuisset permittenda, si nulla possessionis controversia intercessisset. Cum ex adverso in Hollandia proprietatis quæstio judicibus ordinariis reservata maneat, tametsi de possessione Curiæ supremæ auxilium imploratum fuisset, & possessorium judicium ibidem terminatum. Neostadius *supr. Curiæ decis.* 127. Wassenaar *pract. judic. cap.* 12. *n.* 14. *& seqq.*

135 Judicem autem de possessione competentem facit in immobilibus rebus situs earum, non item domicilium rei conventi. Ultrajectino finge de prædii in solo Ultrajectino siti possessione litem intercedere cum Hollando, qui de possessione Trajectinum dejecerat, aut turbaverat possessionem; non supremæ Hollandiæ, sed provincialis Ultrajectinæ curiæ erit, istam sua decisione atque decreto dirimere contentionem. Neostadius *supr. Curiæ decis.* 114. Ant. Matthæus *de judiciis disput. ult. de divortio legum & usus, n.* 24. idque per rationes supra de foro competente in loco rei sitæ adductas, non hic repetendas.

136 Præter enumerata hactenus fori peculiaris privilegia considerandum est, adhuc alias quasdam esse causas, de quibus, omisso judice inferiore, (quod alioquin regulariter licitum non est prima instantia. *Instruct. Curiæ Holland. art.* 220.) in Hollandia adiri potest provincialis Curia, vel suprema. Suprema quidem præter lites de possessione, & eas, quæ inter peregrinos duos intercedunt mercatores, etiam de causis navigationem concernentibus ac a jure nautico dependentibus, dum de damno quod extra portus nostros in mari locisve peregrinis navis navi intulit, aliisque similibus, disceptandum est. *Instruct. Curiæ supr. artic.* 18. 19. 20. Provincialis vero de juribus, prærogativis & dominiis Principis, (dummodo nihil de iis definiatur, nisi re prius cum cameræ rationalis præfectis communicata) de re monetaria, de dissidiis inter civitates & castella provinciæ; de privilegiis civi aut peregrino concessis; de consuetudinibus, quoties illæ injustitiæ arguuntur, ac corruptelæ; de injuriis, quibus affecti Comitatus Hollandici officiales, aliæque personæ privilegiatæ; de criminibus post annum, ex quo commissa, in judicium apud judices inferiores non deductis; de innocentia eorum, qui criminis insimulati, sese sponte offerunt ad purgationem; de concussionibus officialium, ac litibus eorum officium concernentibus; de violentiis ac injuriis per potentiores illatis Ecclesiæ, aut Ecclesiasticis personis, mulieribus, rusticis, connivente eo, cujus erat audaciam potentiorum ac temeritatem reprimere. *Instruct. Cur. Holland. art.* 8. *&* 12. *nader provis. Accoord tusschen Holl. en Zeeland* 11. *Junii* 1674. *art.* 19. Ad hæc ad eandem spectant mandatorum pœnalium concessiones, ut & lites ex eodem instrumento movendæ adversus duos pluresve diversis sub judicibus inferioribus in Hollandia commorantes. Willelm. de Groot *Manuduct. ad praxin Holland. lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 16. *in fine*. Nec dubitandum videtur, quin ad exemplum injuriarum, officialibus Comitatus Hollandici illatarum, etiam ad Curiam cognitio spectet, quoties Curiæ istius apparitores in urbe vel pago executionem dirigentes, aut aliter officium ex mandato judicis exercentes, violentiam passi aut contumeliis affecti sunt, etsi forte non soli, sed adhibito loci prætore ad avertendam vim munere suo functi essent, eo quod ipsi nihilominus principaliter læsi videntur, prætores vero, aliique ipsis opem ferentes, tantum propter ipsos; quippe ad auxilium præstandum, si rogentur, obstricti secundum instruct. Curiæ Holland. *art.* 13. Vid. responsa JCtor. Holl. *part.* 5. *consil.* 34. *qu.* 2. & *subjuncta decisio*. Cum his vero omnibus in Holl. receptis maxima ex parte conveniunt, quæ de Curiæ Ultrajectinæ potestate ac jurisdictione sancita leguntur *in instructione Curiæ Ultrajectinæ tit.* 1. eo excepto, quod pagorum Ultrajectinorum indigenis electio est, utrum ad judicem inferiorem, an ad Curiam Provincialem, suos velint adversarios, itidem ruri, non in urbibus, habitantes vocare: d. *instruct. Curiæ Ultraject. art.* 24. cum ex adverso Hollandis ruri degentibus non sit data licentia inferiorem judicem prætereundi. Quis vero circa fiscales causas judex fuerit competens de jure Romano, tradit Perezius & DD. *ad tit. C. ubi causæ fiscales*.

137 Denegata vero eidem Curiæ Hollandicæ cognitio omnis de causis politicis. *Placito Ordin. Holland.* 12. *Julii* 1674. *vol.* 3. *pag.* 669. adeo ut nec ærarii quæstores de iis, quæ debent ærarii nomine, vel vi specialis mandati Ordinum, si in mora solvendi sint, ad eandem solutionis impetrandæ gratia vocari possint, sed querelæ apud Ordines eorumve delegatos exponendæ sint, ac nova solvendi mandata ab iis impetranda. *Placit. Ordin. Holl.* 26. *Octobr.* 1576. *vol.* 2. *placit. Holland. pag.* 2139. *in med.* quæ tamen non impediunt, quo minus hæc curia; ut & suprema, recte judicet inter privatos & civitates, aut provinciam Hollandiæ Zelandiæque, vel inter civitates & civitates utriusque regionis, vel inter utramque provinciam, quoties de iis quæstio est, in quibus civitates & provinciæ privatorum loco habendæ sunt. *Nader provisioneel Accoord tusschen Holland en Zeeland* 11. *Junii* 1674. *art.* 3. Idemque est, si de eo quis conqueratur, quod nullo jure motus fuerit dignitate illa, aut munere, quod ei legitimo modo collatum erat. Etsi enim illa dignitatum concessio politicis magis, quam juridicis negotiis accensenda sit; quia tamen facta ad tempus expressum vel ex consuetudine ac more regionis subauditum collatio, contractus seu conventionis speciem inter conferentes & eum, cui confertur, involvit; ac de servando contractu, deque violata conventionis fide controversiæ prorsus juridicæ sunt; ratio non est, cur de iis ad meram justitiæ administrationem spectantibus cognitio atque judicium provinciali aut supremæ curiæ videretur subductum. Aliquoties certe a suprema curia, ut & provinciali, impetratam fuisse quasi possessionis restitutionem interpositis mandatis consuetis possessoriis, in eorum gratiam, qui non jure se a dignitate depulsos dolebant, apparet ex iis, quæ tradita in Responsis JCtor. Holland. *part.* 4. *consil.* 181. 182. & subjuncta ibidem Curiæ sententia.

138 Quod si societati Indiæ Orientalis aut Occidentalis lis intercedat cum privatis, de eo, quod vel societas læsa sit, vel læserit ipsa, societas quidem actrix reos ad ordinarium eorum judicem vocare debet ex jure communi, secundum quod actor sequitur rei forum; ipsa vero ad Hollandiæ curiam videtur posse vocari, quasi collegium aliquod, cujus membra sub diversis habitant judicibus, in quantum in plures stationes diversis in urbibus dispositas societas divisa est: ut colligi potest ex iis, quæ traduntur in Responsis JCtor. Holland. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 7. *quæst.* 1. & quæ gesta sunt in causa quadam prolixissime tractata in d. Responsis *part.* 5. *consil.* 233. *& multis seqq.* Nisi privati a societate læsi malint extra ordinem querelas deferre ad ordines generales, tanquam supremum Indiarum imperium habentes, per ea quæ occurrunt, *in' t Octroy aen de Oost Indische Compagnie verleent anno* 1602. *artic.* 55. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 536.

139 Porro, ubi restitutiones in integrum petendæ sint contra contractus, sententias, negotiaque alia, tum summo jure subsistentia, tum ipso jure nulla, dixi latius *tit. de in integr. restitutionibus*. Ubi, si ex *l. diffamari* actio instituenda sit, traditum supra in *prima hujus tituli parte*. Ubi ex variis pactis publicis non possint hujus aut alterius provinciæ inhabitantes, arresto ad jurisdictionem fundandam adhibito, conveniri, ex iis patet, quæ ad *tit. de in jus vocando* de jure sistendi seu arrestis exposita sunt.

140 Considerandum denique, etiam *evocationis* jure competens esse forum, dum lites ab ordinariis judicibus, apud quos jam cœptæ erant, ac ex jure communi debebant quoque finem accipere; justa ex causa ad superiores transferuntur, sive illi alias demum per appellationem fuissent competentes, sive tales, ad quos ne per ordinariam quidem appellationis viam litis decisio potuisset deferri: quales litium evocationes a judicibus ad Principem aut judicem superiorem ob denegatam litigantibus justitiæ administrationem jus Romanum novissimum admisit ut æquas: *novell.* 17. *cap. sit tibi quoque* 3. *novell.* 86. firmavit jus canonicum: *cap. ex transmissa* 6. *cap. ex parte* 15. *extra, de foro competente*: ac probant hodierni mores: dummodo meminerimus duplicem evocationis speciem esse, alteram, quæ fit a Principe tanquam judice eminente, aut judiciorum omnium patrono ac auctore, jure Majestatis; alteram, quæ interponitur per judices superiores alioquin ex appellatione demum judicaturos. A prioris generis evocatione, qua Princeps a judiciis ordinariis ad aulam suam evocabat subjectorum lites, abhorruere jam olim majores nostri: ut & ab ea, qua ad magnum senatum extra Hollandiæ fines tribunal habentem trahebantur litigantes, & ita summo suo cum dispendio sumptuque cogebantur a domo sua ac re familiari litis prosequendæ causa abesse. Unde & *anno* 1452. 11. *Junii* a Philippo Burgundiæ duce, Hollandiæ comite, privilegium de non evocando Hollandis datum, exceptis quatuor casibus in ipso privilegio expressis: *vol.* 2. *placit. Holland. pag.* 679. iterum a Maria Burgundica Hollandis ac Zelandis *anno* 1476. *d. vol.* 2. *pag.* 658. dein iisdem a Maximiliano *anno* 1480. *d. vol* 2. *pag.* 675. quæ etiam tandem confirmata instructione Curiæ Hollandicæ *art. ult.* adde responsa JCtor. Holland. *part.* 4. *consil.* 181. *circa fin.* & *consil.* 571. *quæst.* 2. Et quamvis haud sit eundum inficias, quin ejurato justis de causis Comitum Hollandicorum imperio, potestas plena & majestas, quæ quondam pariter penes Principem Ordinesque fuerat, ex eo tempore penes solos Ordines remanserit fueritque exercita; nec iniquum sit, Ordines eosdem secundum jus majestatis suæ novis legibus mutare judiciorum ordinem, ac non augere tantum, sed & diminuere jurisdictionem illis, quibus eam extra conventionis aut privilegii considerationem concesserant, veluti curiæ provinciali, feudali, archithalassicæ, aliisque similibus, ac, quod uni demptum est, alteri tribuere, aut cognitionem sibi qua supremis judicibus adrogare, uti hæc pluribus adstructa apud Hug. Grotium inter Responsa Juriscons. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 526 (*re vera*) 226. *pag.* 617. *& seqq.* non tamen inde satis feliciter ibidem concluditur, posse ergo, salva æquitate & æqualitate inter subjectos observanda, Hollandiæ Ordines in causis singularibus interrumpere solitum justitiæ ordinem, & suo pro arbitrio causam unam ad se evocare, aliam ejusdem forte conditionis judicibus ordinariis permittere definiendam. Quas enim evocationes (olim a Comitibus fre-

frequentatas, dum sæpe gratia personarum movebantur) Hollandiæ Ordines crediderunt civibus Hollandiæ duras esse, has ut ipsi tentarent aut facerent, ex quo Comitum jura cœperunt ipsi exercere, ex usu civium aut utilitate publica non potest videri, quamdiu illi, quibus causarum talium decisio generali lege demandata fuit, nec apparet iterum generaliter adempta, & possunt, & parati sunt, partes sibi commissas implere.

141 Quid juris sit circa hanc litium evocationem in Germania, accurate traditum vide apud Clariss. D. Philippum Reinhardum Vitriarium, collegam plurimum honorandum, *in Institutionibus Juris publici Romano Germanici lib.* 3. *tit.* 17. *n.* 32. *& seqq.*

142 Non tamen hæc privilegia impediunt, quo minus unusquisque actione in rem conveniatur; & litigare teneatur, extra locum domicilii ac extra provinciam, in qua domicilium fovet, in loco illo, in quo res immobilis sita est; eo quod, quantum ad illam rem immobilem dominus aut possessor conventus, censeri debet subjectus magistratibus loci rei sitæ, nec prærogativæ per Hollandiæ Comites Hollandis concessæ quicquam operari valent extra territorium, aut judicandi potestatem alterius territorii judicibus quantum ad res in ipsorum territorio inventas, impedire: arg. *l. ult. ff. de jurisdict.* sic ut tunc frustra ad privilegium de non evocando recurratur. Responsa JCtor. Holland. *part.* 5. *consil.* 39. Nec aliud statuendum in actionibus in personam, quoties interposito arresto rerum, alia in provincia existentium, fundatur jurisdictio, & rerum istarum arresto gravatarum dominus edictis solemniter ad litem excipiendam evocatur, ex notissima praxi. Nec denique privilegia talia evocationem faciunt cessare, quoties lis apud judices inferiores exitum invenire nequit; dum forte duobus judiciis subalternis contrariæ eadem in causa sententiæ inveniuntur; nam ut utraque effectum sortiretur, non patitur contrariorum natura, quorum uno posito alterum destrui necesse est: neque satis apte dixeris utramque in partem dimidiam valituram esse: arg. *l. duobus* 30. *ff. de liberali causa*: æquius proinde fuerit, per ipsum regionis totius Principem aut Ordines, quibus judex uterque inferior paret, litem evocari, de novo & ab ovo sic ventilandam, quasi nulla pro alterutro litigante intercessisset auctoritas rei judicatæ. In quam sententiam aliquando Curiam supremam rogatam Ordinibus Generalibus respondisse, patet ex responsis Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 39. Eoque faciunt limitationes ipsi privilegio de non evocando insertæ a Philippo Burgundo Hollandiæ Comite 11. Junii 1452. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 679.

143 Posterioris generis evocationem quod spectat, quæ scilicet ob dilatam nimium aut denegatam ab inferiore judice justitiæ administrationem fit per judices superiores, ea tanquam justissima, & quasi legitimus ad iniquitates depellendas trames, in usu quotidiano est; delatis per eum, qui de protelatione dolet, per libellum supplicem querelis ad tribunal superius, & evocatione implorata, atque etiam impetranda, si preces veritate nitantur, & admoniti identidem judices inferiores, in juris reddendi denegatione perseverent: sive ante, sive post conclusionem in causa, mora nimia per judices nectatur, uti post Merulam, Damhouderum & alios tradit Groenewegen *ad novell.* 86. Wassenaar *pract. judic. cap.* 1. *n.* 233. *& seqq. usque ad finem*: ac constitutum est instructione Curiæ supremæ *art.* 213. 214. *nader provisioneel accoord tusschen Holland en Zeeland* 11. *Junii* 1674. *art.* 6. adde *Instruct. Curiæ Flandricæ art.* 29. Et novissime constitutum, idem jus evocationis etiam competere supremo consilio militari, ratione litium apud judices militares inferiores pendentium, ex iisdem causis, ex quibus & Hollandiæ Curia & Consilium Status fœderati Belgii evocare potest. *Instructie voor den Hoogen Krygsraad* 27. *Octobr.* 1700. *fere in pr.* Atque ita etiam variis placitis Hollandiæ sancitum, ut lites de fraudatis impositionibus, aliisque ad publicanos spectantibus, apud delegatos judices in unaquaque Hollandiæ urbe intra certum tempus breve non terminatæ, ipso jure habeantur pro evocatis, aut saltem ad alterutrius petitionem ad delegatos Hollandiæ Ordines quantocius evocentur. *Reglement op de Rolle van de Gecommitteer de Raden* 22. *Januar.* 1660. *art.* 29. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1126. & *placito Ordin. Holland.* 18. *Sept.* 1677. *vol.* 3. *pag.* 790. ut & 22. *Martii* 1678. *d. vol.* 3. *pag.* 795. item 1679. *d. vol.* 3. *pag.* 814. *col.* 1. *in med.* Quæ fere eodem modo observantur in regionibus, quæ parent Ordinibus Generalibus extra septem provincias fœderatas; *instructie voor den Raad van Staten in saken van gemeene middelen* 7. *Martii* 1656. *art.* 9. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1006. Sed &, si a duobus tribunalibus inferioribus sententiæ contrariæ eadem in causa latæ sint, cum ob parem judicantium potestatem neutra exitum habere possit, non ordines tantum istius provinciæ, in qua tribunal utrumque inferius est, (de quo supra) sed & ipsa curia provincialis videtur recte atque ordine factura, si litem illam ita evocet, ut ab ovo institui jubeat, quasi necdum alibi ventilatam: cum parum intersit, an judex inferior in justitia administranda moram faciat; an vero id, quod decrevit, ob contrarium alterius, pari potestate præditi, decretum, non possit exitum habere: utroque etenim in casu litiganti jus cum effectu redditum non esse, in aperto est. Respons. Jurisconს. Holland. *part.* 5. *consil.* 39. Similique ratione, si de jurisdictione criminali duo diversorum judiciorum inferiorum judices contendant, utroque sibi criminis coercitionem asserente, & diutius illa de jurisdictione disputatio videatur duratura, curiam provincialem posse tunc illius delicti punitionem per evocationem sibi vindicare, salvo cuique jure suo; antea *h. t. n.* 71. probatum est. De evocatione plura vide apud Berlichium *part.* 1. *conclus. practicab.* 6. Rebuffum *ad constit. regias tom.* 1. *tractat. de evocatione.*

144 Judicii omnis inchoandi initium est in jus vocatio. §. *ult. instit. de pœna temere litig.* Inchoati vero, litis contestatio. *l. amplius* 15. *ff. rem ratam haberi.* Sic ut actiones ex eo tempore considerentur, tanquam judicio inclusæ: *l. omnes actiones* 139. *ff. de R. Jur.* dicta ex eo, quod ordinato judicio pars utraque dicere solebat, *testes estote.* Et non aliud est quam intentio actoris & contradi-

ctio

ctio seu depulsio rei: *l. unic. C. de litis contestat. l. rem non novam* 14. *§. patroni* 1. *C. de judiciis:* adeo ut ex actione & opposita peremtoria exceptione consurgat, ac comprehendat illud, in quo tota controversia consistit. Et hæc vel plena est, vel minus plena. Minus plena, quæ actione & exceptione constat. Plena, quæ replicatione & duplicatione firmata est. Ubi enim reus exceperat, & ita rationem dederat, cur non deberet condemnari, (unde & exceptio oratoribus *ratio* dicta fuit) actor replicatione opposita suam confirmabat intentionem, quæ replicatio etiam propterea *firmamentum* appellata: ac tandem reus, quasi repetitam faciens litis contestationem, per duplicationem contradicebat firmamento actoris, quæ duplicatio probatis auctoribus *judicationis* & *disceptationis* nomine venit, quasi jam firmiter inter litigantes constituto statu quæstionis, & apparente jam eo, de quo disceptandum ac pronunciandum sit. Disceptatio autem post hæc differebatur in diem tertium, quem sibi invicem litigantes dicebant seu condicebant ad causam apud judicem datum tractandam, quæ & ideo *conditio* & *comperendinatio* vocata fuit: ut pluribus docent Car. Sigonius *de judiciis lib.* 1. *cap.* 27. Jul. Polletus *de foro Romano lib.* 4. *cap.* 8. Rævardus *pro tribunal. cap.* 2. Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 17. *in pr.* D. Noodt *de jurisdictione lib.* 1. *cap.* 13. Probatum vero hoc Romanorum institutum etiam hodiernis moribus, ita ut per litis contestationem judicium dicatur vere constitutum, nec sine ea esse possit: docente id Andrea Gayl *lib.* 1. *observat.* 73. 74. *& seqq.* nec plena censeatur esse litis contestatio, nisi post duplicationem, (*als de sake voldongen is*) Wilhelm. Grotius *manuduct. ad praxin fori Batav. lib.* 1. *cap.* 9. *n.* 29. 30. Groenewegen *ad l.* 1. *C. de litis contestatione*. ut tamen eo casu, quo actor replicaturus nihil addit intentioni, sed simpliciter eidem inhæret, (*persisteert voor replicq by eysch*) reus in continenti quoque duplicare teneatur, atque ita plene litem contestari. Wassenaar *pract. judic. cap.* 1. *n.* 105. 106.

145 Est autem litis contestatio duplex; vera alia, quæ actoris intentione & contradictione rei constat, secundum jam dicta; alia ficta, quoties reus in jus vocatus, ac tribus citatus edictis, sui copiam facere per contumaciam detrectat: in quantum ex tali contumacia iidem, qui ex vera litis contestatione, exsurgunt effectus, quantum ad condemnationis aut absolutionis potestatem, usurarum obligationem, actionum morte aut tempore pereuntium perennitatem, ac ad hæredes transmissionem, aliaque similia. Instructio Curiæ Holland. *art.* 108. Mynsingerus *cent.* 4. *obs.* 66. Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 29. Wassenaar *d. cap.* 1. *n.* 104. Wilhelm. Grotius *manuduct. ad praxin fori Batav. lib.* 1. *cap.* 9. *n.* 25. *in fine:* quamvis Jure Romano ob rei contumaciam, quæ ab initio ante litem contestatam cœpta & continuata fuit, judici non licuerit ad condemnationem procedere, sed agentem mittere debuerit in possessionem bonorum adversarii contumacis: *nov.* 53. *cap. si vero semel* 4. *§.* 1. qua de re alibi actum.

146 Non tamen probanda, quæ multis probata est, divisio litis contestationis in affirmativam & negativam; negativa rursus in simplicem & conditionalem aut conditionatam distincta. Cum enim actor petat aliquid, & sibi deberi suumve esse affirmet, non potest reus aliter huic contradicere petitioni, quam denegatione ejus quod petitur, debitique inficiatione. Sive simpliciter debitum neget, sive eodem agnito illud postea ipso jure per solutionem acceptilationem &c. sublatum dicat, sive denique perpetua ac peremptoria exceptione se tutum affirmet; eo quod illa exceptionie allegatione interveniente sese manifeste debitorem diffitetur, eaque de causa absolvi petit. Nec satis apte dixeris, reum confitentem, sed dilationem solutionis postulantem, contradicere actori: quæ enim obsecro contentio illius est, qui cedendum putat, quod contentioni contrarium esse docet Ulpianus *l.* 1. *in pr. ff. de edendo*, ac colligi potest ex *l. si reus* 73. *ff. de procuratori. l. si debitori* 21. *ff. h. t. l. ex judicatum* 16. *ff. judicatum solvi*. Nam & si pro parte cedendum, pro parte contradicendum reus putet, dum partem debiti agnoscit & offert, non nisi de ea parte, de qua ivit inficias, uti controversiam sustinere vult, ita & litis contestationem facere dicendus est, arg. *l. permittendum* 8. *ff. si pars hæreditatis pet. l. quidam.* 21. *ff. de reb. creditis*. Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 17. Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 27. *n.* 2. *&* 3.

147 Cæterum omni in judicio litis contestatione opus est, sive illud civile, sive criminale sit, sive primæ, sive ulterioris instantiæ per appellationem. Andr. Gayl *lib.* 1. *observat.* 76. *n.* 2. Nec refert, ordinario modo, an summatim, lis agitanda veniat; cum nulla causa satis a judice cognosci ac definiri possit, cujus non fuerit narratio per actorem exposita, & contradictio rei intellecta: nisi contumacia alterutrius loco litis contestationis habeatur, in pœnam. Etsi enim verum sit, solemnem illam litis contestationem in summariis non ita præcise requiri: Andr. Gayl *lib.* 1. *observ.* 76. *n.* 1. eo tamen ipso, quo contradictio admittitur, litis contestatio videtur interposita, dum actus primus contradictorius ad petitionem actoris pro litis contestatione in iis cedit. Andr. Gayl *lib.* 1. *observ.* 141. *n.* 1. Wilhelm. Grotius *manuduct. ad praxin Batavicam lib.* 1. *c.* 9. *n.* 25. Berlichius, Zangerus, Argentræus, aliique, quos laudat Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 4. *in med.* Atque hinc etiam a DD. traditum, reum actori respondentem, sed protestantem, se id non facere animo litem contestandi, officio judicis ad contestationem litis faciendam adstringi posse; nisi malimus protestationes hujusmodi, tanquam facto contrarias, ipso jure nullas esse, quoties directo ad intentionem actoris responsum est. Busius *tract. de offic. judicis cap.* 6. n. 5. *& seqq. ibique DD.*

148 Quibus vero modis lites deinceps post contestationem instruendæ sint, quoties juris aut facti quæstio est, seu quoties vel de jure disputatio instituenda est, vel ob factorum inficiationem ad probationes confugiendum, ex tribunalis cujusque more & stylo addiscendum, vide interim Wilhelmi Grotii *manuductionem ad praxin Batavicam lib.* 2. *cap.* 2. *n.* 8. *& seqq.* Wassenaar *pract. judic. cap.* 1. *n.* 117. 118. 119. *& seqq.*

149 Effectus litis contestationis est, quod adversarium constituat in mala fide: *l. sed & loci* 4. §. *post litem* 2. *ff. finium regund. l.* 1. §. 1. *C. de petit. hæredit. certum est* 22. *C. de rei vindicat. l. nemo ambigit* 10. *C. de acquir. & retin. possess.* (licet ante litem contestatam sola controversia mota ad id sufficiat: *l. sed & si* 25. §. *si ante* 7. *ff. de petit. hæred.*) contestantem faciat litis dominum: *l. neque tutores* 11. *l. procuratoribus* 22. *l.* 23. *C. de procuratorib.* vide *tit. de procurator. n.* 19. excludat exceptiones declinatorias & dilatorias respectu ordinis judiciorum opponi solitas: *l. pen. & ult. C. de exception. seu præscr.* rem faciat litigiosam in actionibus in personam, de quo latius dicendum *ad titul. de litigiosis*: actiones tempore vel morte perituras perpetuet: *l. ult. in fine ff. de fidejuss. & nominat. & hæred. tut.* §. 1. *in fine. Instit. de perpet. & temporal. action. l. unic. C. ex delictis defunct. in quantum hæred. ten. l. sciendum* 58. *ff. de obligat. & action. l. nemo enim* 87. *l. omnes actiones* 139. *ff. de Reg. juris*. Quamvis illa vis perpetuandi actiones etiam tribuatur conventioni; quam eo loco haberi Jurisconsultus voluit, quasi jam litis contestatio intercessisset: *l. constitutionibus* 33. *ff. de obligat. & action.* cujus legis etiamsi constans electio non sit, ac apud Haloandrum & alios occurrat, *si vivus conventus fuerat, etiam pœnæ persecutionem transmissam non videri, quasi lite contestata cum mortuo*; tamen vix est, ut a Florentina lectione recedatur, eo quod tunc particula *etiam* minus apte videtur inserta, imo supervacua esse. Quin potius in ea lege Triboniani nostri manum me deprehendere puto, qui priscis hic adscripsit Jurisconsultis id, quod demum constitutionibus posterioribus incepit obtinere. Uti enim actionum præscriptionem etiam ante litem contestatam sola conventione interrumpi tum ab anterioribus Imperatoribus, tum a Justiniano constitutum est, perinde ac si lis contestata fuisset: *l. ult. C. de annali exceptione, l.* 1. 2. *C. de longi temp. præscript. l.* 3. 4. 7. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annorum*. Ita quoque fas erat, pœnales in hæredem transmitti; cum pœnales & temporales actiones, quantum ad perpetuationem ac ad hæredes transmissionem, pari ambularent passu, secundum *d. l. ult. in fine ff. de fidejuss. & nominat. & hæred. tut.* & alias *ll.* ante allegatas. His autem consideratis adeo notabilibus litis contestatæ effectibus, merito a Paulo Jurisc. traditum, non solere deteriorem fieri conditionem eorum, qui litem contestati sunt, quam si non, sed plerumque meliorem, neminem enim in persequendo deteriorem causam sed meliorem facere. *l. non solet* 86. *l.* 87. *ff. de reg. juris*.

TITULUS II.

De Inofficioso Testamento.

SUMMARIA.

1 *Quodnam sit fundamentum judiciorum in rem & in personam?*
2 *Quotuplex sit jus in re, & quæ inde nascantur actiones?*
3 *Quid sit inofficiosum testamentum, quid querela inofficiosi?*
4 *An querela sit ex lege Glicia, an ex moribus? est species petitionis hæreditatis, & quidem ab intestato.*
5 *Competit liberis suis, emancipatis, posthumis. An adoptatis, legitimatis, spuriis?*
6 *An nepotibus, quorum pater a suo patre juste exhæredatus erat, vel injuste, sed agere non vult; posito, quod filius exhæredatus suo patri superstes fuit?*
7 *Quid juris hodie, si liberi a patre præteriti sint?*
8 *Post liberos datur parentibus, etiamsi ad secunda vota transierint.*
9 *Datur & fratribus germanis ac consanguineis, (non uterinis) si turpis persona ipsis prælata, quid juris, si simul turpis & honesta persona instituta sit?*
10 *Quæ sint turpes personæ? an meretrix, concubina, spurius, ex incestu vel adulterio natus?*
11 *Aliis ultra fratres germanos & consanguineos querela non datur, ne jure quidem novissimo, non uterinis, non fratrum liberis: nec, rescisso ad patris petitionem testamento, admittendi cum eo fratres fratrumve liberi; nec cum consanguineis uterini fratres.*
12 *Contra quos querela detur?*
13 *Querela jure novo sola infirmatur institutio; etiam cum frater eam movit: infirmatur tamen tota, ultra legitimam.*
14 *Si Clausula codicillaris inofficioso testamento sit addita, illud sustinet, sic ut institutis hæreditas ex fideicommisso restituenda sit, deductis per liberos ex jure Canonico & hodierno duabus quartis: quo modo computentur illæ?*
15 *An & nepotes duas quartas deducant?*
16 *An & parentes aut fratres?*
17 *An, præterito filio posthumo, vel alio filio, quem testator parens mortuum credebat, legata & fideicommissa debeantur vi clausulæ codicillaris, sic ut filio præterito tantum salvæ essent duæ quartæ, plene per distinctiones explicatur.*
18 *Rescissa institutione, quo modo indemnitatem consequatur institutus, si conditionem in dando vel faciendo consistentem impleverit, legata, æs alienum defuncti solverit, vel ipse fuerit defuncti creditor?*
19 *Qui per calumniam movit querelam, relicta perdit, etiam jure hodierno.*
20 *Cessat querela, si aliud supersit remedium; item lapsu quinquennii: unde id computandum? an currat minori? & an major restituatur?*
21 *An cesset in tabulis pupillaribus, testamento militis, castrensi & quasi castrensi peculio? & quid hodie?*
22 *Non datur querela, si exhæredatio bona mente facta sit, ob impuberem ætatem, furorem, prodigalitatem, æris alieni molem. Cessante tamen postmodum tali causa, recte legitima petitur actione ad supplementum.*

23 *Nec, si ex justa ingratitudinis causa facta sit. An testamentum sit nullum, an potius querela infirmandum, si causa exhaeredationis omissa, vel non sufficiens expressa, vel sufficiens expressa quidem, sed non probata?*

24 *Quae sint justae causae exhaeredationis in liberis, parentibus, fratribus? & an ad similes vel graviores extendi possint?*

25 *Haeresis moribus non est justa causa exhaeredationis; quo modo plenius liberis reformatis in Hollandia alibique prospectum sit, si parentes sint Pontificii?*

26 *An juste exhaeredari possint minorennes aut majorennes, si sine parentum consensu nuptias contraxerint, aut turpiter ac luxuriose vivere coeperint? quae intelligatur turpiter vivere?*

27 *An, si ingrati liberi ante parentem mortui sint, nepotes inde nati ob sui parentis ingratitudinem ab avo exhaeredari possint?*

28 *An ad ingratitudinis causas etiam pertineant injuriae verbales?*

29 *Sufficit ad excludendam querelam, quod ex pluribus causis testamento expressis una probetur.*

30 *An sola ingrati poenitentia cesset causa exhaeredationis jam testamento factae vel faciendae?*

31 *Cessat exhaeredatio per reconciliationem?*

32 *Etiam per querelae renunciationem expressam vel tacitam post mortem testatoris factam cessat querela, ex quibus factis colligatur tacita renunciatio? an ex eo, quod quis legatum sibi relictum acceptavit, aut legatario successit, aut jure legati rem eandem a legatario accepit? & quid juris in his secundum jus novissimum?*

33 *An censeatur renunciasse querelae, si quid ab haerede haereditarium sciens emerit, conduxerit, ei solverit, aut aliter pro haerede agnoverit institutum?*

34 *An querela careat exhaeredatus, si ab haerede per inofficiosum instituto ipse haeres institutus sit, eique successerit?*

35 *Non cessat querela, si quis vivo testatore consenserit in exhaeredationem, subscriptione testamenti, aut pactis dotalibus; & cur?*

36 *Refellitur eorum opinio, qui putant, jure Romano aut moribus ad excludendam querelam sufficere consensum in exhaeredationem testamento adscriptum.*

37 *Quo usque moribus valeant renunciationes haereditatis pactis dotalibus factae? remissive.*

38 *Si pactis dotalibus sit definitus succedendi ordo, ut conjux superstes defuncto succedat, parentibus paciscentium superstitibus salva debet esse legitima, ubi leges eos ab intestato vocant.*

39 *Quid si parentes ipsi talibus pactis dotalibus subscripserint, nec tamen nominatim legitimae renunciaverint?*

40 *Si pacto dotali definitum sit, liberis ex eo matrimonio nascituris ac sine prole decedentibus, bona redire debere ad latus, unde provenerunt, nulla superstiti conjugi ex liberorum bonis legitima aut trebellianica competit. Et quid juris, si designati tabula dotali successores fideicommisso ulteriori gravati sint, vel ipsis liberis alienatio interdicta?*

41 *Si liberi testamentum condiderint, & ita ordinem succedendi tabulis dotalibus expressum insuper habuerint, parenti superstiti legitimam relinquere debent.*

42 *Si parentes aut liberi aut fratres statuto exclusi sint a successione, non habent querelam, si testamento quoque praeteriti sint.*

43 *Querela non praeparata an transeat ad haeredes exhaeredati?*

44 *Cessat querela, relicta legitima; quid illa sit; & an haereditatis an potius bonorum pars?*

45 *Quae sit utilitas superioris quaestionis?*

46 *Quota portio sit legitima, & an etiam jure novo in parentibus & fratribus aucta sit?*

47 *Si de quantitate legitimae statuta varient, cujus loci statutum spectandum sit? Si parentes una cum filiis suis, defuncti fratribus, succedant suo filio, & defunctus extraneum haeredem honestum instituerit, quota tunc sit parentum legitima?*

48 *Quae sit nepotum legitima, si illi, patre medio mortuo, succedant avo, variis distinctionibus & exemplis declaratur.*

49 *An exhaeredati juste, vel renunciantes querelae, vel statuto exclusi a successione, numerum liberorum augeant ad id, ut legitima magis semis quam triens sit?*

50 *An hi numerum liberorum augeant ad minuendam legitimam, seu, cum quatuor sunt liberi, & ex his unus exclusus, tres in legitima instituti, an tunc singuli trientem trientis, an trientem quadrantis pro legitima capiant?*

51 *In ineunda ratione legitimae spectandum mortis tempus, vivo patre liberi non petunt legitimam, licet pater prodigalitate bona dissipet, ne sub obtentu quidem alimentorum.*

52 *Posito statuto, ut filiae liceat renunciare successioni paternae accepta dote non minore, quam est legitima, filia renuncians post acceptam dotem, tempore renunciationis congruam, recte petit post mortem patris supplementum ejus, quod deest legitimae, ubi medio tempore creverunt opes paternae.*

53 *An is, cui legitima debetur, etiam fructus legitimae a mortis tempore petere possit?*

54 *An legitima augeatur, si haereditas post mortem augeatur ex causa mortem antecedente? Quid juris, si augeatur ex nova causa? & quid si rerum haereditariarum pretia creverint, agri alluvione aucti sint &c.?*

55 *An legitima minuatur, diminuto post mortem patrimonio? & quid juris, si res haereditariae mortalitate, chasmate, ruina, edacitate fluminis, perierint aut deteriores redditae sint?*

56 *Quae sint deducenda ex haereditate, antequam legitimae ratio ineatur; an & bona ex fideicommisso restituenda?*

57 *An & deducenda prius, quae jure primogeniturae affecta cedunt soli primogenito? praecipue,*

pue, an feuda? & quid Ultrajecti? num. 60.

58 *Si consuetudo ferat, ut feudi novi empti pretium fratribus conferatur, an pretium pro rata augeat legitimam?*

59 *Si pater plenam de feudis antiquis testandi licentiam impetraverit, & tunc illa vel primogenito, vel natu minori, vel extraneo legaverit, feudum connumerandum, quasi allodium, ad augendam legitimam: & si primogenito ipsi legatum sit, ei imputatur in legitimam.*

60 *Cur feuda Hollandica, vulgo hæreditaria dicta, non prosint ad augendam legitimam? Ultrajecti tamen & feuda & omnia alia jure primogenituræ affecta, simul computanda cum cæteris rebus, ut legitimæ ratio ineatur; & quid de emphyteusi illic obtineat?*

61 *In legitimam imputanda omnia illa, quæ & conferenda sunt, dos, donatio propter nuptias, militia, & alia plura.*

62 *Non imputanda, quæ parens secundæ conjugi reliquit contra* l. hac edictali 6. C. de secund. nupt. *si ea cesserint liberis primi thori: an & feuda in Hollandia & Ultrajecti? an legata & prælegata?*

63 *Legitima sine ullo onere relinquenda. Quæ oneris appellatione veniant? quid, si de facto onus sit appositum? quid si appositum sit bona mente, exemplo exhæredationis bona mente factæ?*

64 *Si liberi in nuda proprietate, uxor aut extraneus in usufructu omnium bonorum institutus sit, adhuc salva est plena proprietas legitimæ. Quid juris, si electio data, an legitima libera, an nuda proprietate, vel nudo usufructu omnium bonorum, aut plena proprietate, sed cum onere universalis fideicommissi velint contenti esse?*

65 *Quid juris, si secundum mores hodiernos parentes sibi invicem bonorum omnium usumfructum legent, cum onere alendi liberos, donec ad legitimam ætatem pervenerint?*

66 *Legitima relinquenda titulo institutionis, & quid moribus nostris hac in parte obtineat?*

67 *Quid sit actio ad supplementum; eam personalem esse; hæredibus competere licet necdum præparatam; durare triginta annis.*

68 *Refutatur opinio, supplementum legitimæ per inofficiosi testamenti querelam peti.*

69 *Non cessat actio ad supplementum ex eo quod quis relicta acceptaverit; vel testator prohibuerit, amplius peti, quam quod relictum est.*

70 *Actio ad supplementum tantum contra hæredes movenda, non contra legatarios in totum aut pro parte.*

71 *Quid petatur actione ad supplementum? an habeat hanc ad supplementum actionem, cui nihil testamento relictum est, sed quædam forte inter vivos data, quæ in legitimam imputari possunt?*

72 *Qui querelam habebat, si qua ratione eam amiserit, an ad actionem ad supplementum convolare possit?*

73 *Si in querela inofficiosi judices pari numero dissentiant, pro testamento pronunciandum est.*

74 *Ei, qui querela obtinuit, pendente appellatione ab illa sententia, interim per institutum alimenta præstanda, si inops sit.*

1 Judicia vel in rem esse, vel in personam, superiore tit. monitum. Fundamentum judiciorum in rem est *jus in re*, jus scilicet, quo res nostra est aut nobis devincta, cujus juris in re Cajus meminit *in l. eorum, qui* 19. *ff. de damno infect.* et *l. in noxalibus* 30. *ff. de noxal. action.* At judiciorum in personam basis est *jus ad rem*, seu jus, quo persona tantum nobis est obligata ad dandum, faciendum, præstandum, restituendum. Cujus *juris ad rem*, etsi non tam expresse mentio fiat in jure nostro, atque quidem *juris in re*; ipsum tamen illud jus abunde colligitur ex §. *omnium* 1. *Institut. de action.* Nec dubium mihi, quin nostri juris interpretes, hanc assumentes phrasiologiam *juris ad rem*, elliptica locutione (exemplo veterum Jurisconsultorum in interdictis quorum bonorum, quod legatorum, uti possidetis, utrubi, unde vi, nec non in bonorum possessionibus unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde vir & uxor, aliisque) rem significatam optime expresserint: agitur namque actionibus in personam *ex jure, ad rem*, scilicet *debitam*, aut *obtinendam*, comparato; atque adeo ex obligatione, illo juris vinculo, quo adversarius adstrictus est necessitate alicujus rei solvendæ. Sic ut *rei* vocabulum in *jure ad rem* latiore sensu accipiatur pro omni eo, quod est objectum obligationum, juxta ipsam obligationis descriptionem *pr. Instit. de obligationibus*.

2 De numero *jurium in re* non satis convenit. Quinario tamen omnia posse comprehendi puto; ut jus aliud sit *dominii*, aliud *possessionis*, aliud *servitutis*, aliud *pignoris*, aliud *hæreditatis*. Priora quatuor colligi possunt ex *l. in hac actione* 3. §. *Pomponius* 12. *ff. ad exhibendum*, ubi cum Pomponio Ulpianus scribit, plures recte ejusdem hominis nomine ad exhibendum agere; *veluti, si homo primi sit: secundi in eo ususfructus sit: tertius possessionem suam contendat: quartus pignoratam eam sibi rem affirmet*, a quo non abludit Justinianus in *l. properandum* 13. §. *censemus* 1. *C. de judiciis*. Quintum his superaddi necesse fuit, jus nempe hæreditatis; cum illud a jure dominii distinctum prorsus sit, in quantum & ea sub hæreditario comprehensa sunt jure, quæ neque jure dominii ad defunctum pertinuerunt, neque ad hæredem petitione hæreditatis experientem pertinent; qualia sunt quæ defuncto pignori aut commodato data, quorumve periculum ad hæredem spectat: *l. item videndum* 18. §. *ult. l.* 19. *l.* 20. *ff. de petit. hæredit.* Ex his quinque juribus in re omnes nasci in rem actiones, facile demonstratu est. Ex jure etenim dominii non tantum rei vindicatio competit, tum directa, tum utilis ex utili dominio emphyteutis, vasallis, superficiarlis quæsito, sed & actio Publiciana rescissoria usucapionis, de qua §. *rursus ex* 5. *Instit. de action.* & *tit. ff. ex quibus causis majores:* ubi dum prætor fingit, necdum usucaptum esse

se quod vere usucaptum erat, rei vindicationem ex jure dominii, velut nondum amissi, concedit. Ex jure possessionis Publicianam actionem descendere probabitur *tit. de Public. in rem actione*. Servitutum jura confessoriam actionem producere constat: uti oppositæ libertatis intuitu negatoria comparata est. Ex pignoris jure Servianam & quasi Servianam seu hypothecariam profluere, vel dupondiis notum. Sed & actionem rescissoriam alienationis (de qua in §. *item si quis* 6. *Instit. de action*) non aliunde quam ex jure pignoris prætorii proficisci, probabitur *tit. quæ in fraud. cred. facta sunt ut restit.* Denique ex jure hæreditatis petitio hæreditatis est; quæ, cum vel inofficiosi testamenti occasiona competat, vel extra inofficiosi considerationem simpliciter ex jure hæreditatis per aditionem acquisito, compilatoribus Pandectarum visum fuit ab inofficiosi querela ordiri.

3 Est autem inofficiosum testamentum, quod contra pietatis officia factum; præcipue quidem a parentibus, quandoque tamen & a liberis aut fratribus. Et quamvis parentes sine causa liberos suos ab hæreditate excludentes injuriam iis inferant; novercalibus quippa delinimentis instigationibusque corrupti, aut alias falsis stimulati delationibus maligne circa sanguinem suum ferentes judicium, ac spe successionis, tacita quadam lege naturæ debita, promptoque parata obsequio, progeniem defraudantes: *l. inofficiosum* 3. *l. non est* 4. *ff. h. t.* junct. *l. cum ratio* 7. *pr. ff. de bonis damnatorum*. *l. nec ei* 17. §. *præterea* 3. *ff. de adoptionibus*. *l. nam etsi* 15. *ff. h. t. l. pen.* §. *sed numquid* 2. *ff. de bonis libertor*. tamen maluerunt jura parentes hoc casu fingere furiosos ac mentis non sanæ; ut ita læsio, quam inferre studuerant, a casu potius fortuito, quam malitia & odio immerito videretur profluxisse: *pr. Inst. h. t. l. hoc colore* 2. *ff. h. t.* Cum vero non esset huic consentiendum iniquitati, (licet lex 12. tab. eam non improbasset, data liberrima testandi licentia, juxta illud, uti paterfamilias legassit suæ rei, ita jus esto) permissum fuit, testamentum dicere inofficiosum, id est, allegare, quare exhæredatio vel præteritio fieri non debuarit: *d. l.* 5. *ff. h. t.* comparata eum in finem querela inofficiosi testamenti: quæ est actio in rem primario, qua quis petit testamentum tanquam inofficiosum rescindi, & se hæredem declarari, sibique hæreditatem restitui: subinde *accusatio* dicta, quandoque *actio l. quemadmodum* 7. *l. nihil interest* 12. *in fine princip. l. si instituta* 27. *l. si suspecta* 29. §. *quamvis* 2. *ff. h. t.* sed frequentius *querela*; non quasi improprie esset actio; sed magis in modestiæ & submissionis signum. Scilicet, uti servi de injuria per dominos illata non agere, sed conqueri potius dicuntur: §. *ult. Inst. de his qui sui vel alien. juris.* ita & liberi de hac injuria exhæredationis.

4 Querelam hanc, quæ olim in judicio centumvirali intentanda arat: *l. Titia* 13. *l. qui, repudiantis* 17. *ff. h. t.* alii lege Glicia introductam arbitrantur, non alio, nisi fallor fundamento, quam quia *l.* 4. *ff. h. t.* desumpta est secundum inscriptionem ex Gaji *libro singulari ad legem Gliciam*, & ex *antiquis legibus* querela moveri dicitur: *l. quæ nuper* 31. *l. quoniam* 32. *C. h. t.* Alii non lege, sed usu populi Romani eam invaluisse putant, adeoque, ut pupillaris substitutio in favorem liberorum *moribus* instituta dicitur, cum vulgaris ex lega 12. tabularum obtineret: *princip. Instit. de pupill. substit. l. moribus* 2. *ff. de vulg. & pup. substit.* ita quoque querelæ remedium in eorumdem utilitatem a populi moribus seu consuetudine habuisse initium. Donellus *comment. lib.* 19. *cap.* 4. *in quæst. querela inofficiosi quo jure introducta*. Quicquid ejus rei sit, illud utique expeditum arbitror, querelam non præparatoriis sed principalibus judiciis annumerandam esse: est enim species petitionis hæreditatis: *l. qui de* 20. *ff. h. t. hæreditas* 3. *C. de petit. hæred.* dicta etiam *petitio hæreditatis ex nomine de inofficioso*. *l. si quis filium* 34. *C. h. t. l. pen. in fine pr. ff. de bonor. poss. contra Tab.* per quam hæreditas *vindicatur* & *evincitur*. *l. eum qui* 21. §. *ult. l. si, instituta* 27. §. *de inofficioso* 5. *ff. h. t.* & quidem ex causa intestati; quatenus causa testati ad causam intestati redigitur: *l. posthumus* 6. §. *si quis ex his* 1. *ff. h. t.* & victor jure intestati succedit: *l. cum duobus* 13. *C. h. t.* ac legitimus hæres effici dicitur: *l. nam etsi* 15. §. *ult. ff. h. t.* atque testator consideratur, ut talis, qui non habuit testamenti factionem: *l. qui repudiantis* 17. §. 1. *ff. h. t.* ut &, quatenus illi, qui querelam movent, habent jus succedendi ab intestato, ac conqueruntur, juris illius ademptionem contra pietatis officia testamento inofficioso fuisse tentatam: *l. inofficiosum* 3. *ff. h. t.* ideoque contra institutum, & eos, qui causam ab eo habent, experiuntur tanquam contra possidentes pro hærede aut pro possessore: arg. *l.* 1. *C. h. t.* Nec hisce adversatur, quod aliquando per modum contradictionis & exceptionis querela induci dicitur, si filius exhæredatus hæreditatem possideat: *l. Papinianus* 8. §. *filius* 13. *ff. h. t.* cum tamen petitio hæreditatis sit actio, ab exceptiona longe diversa. Etenim, uti id in querela admissum est, ita quoque in alia quavis petitione hæreditatis potest contingere, ut quis in modum contradictionis hæreditatem, quam possidet, in totum vel pro parte sibi tueatur. *l. permittendum* 8. *ff. si pars hæredit. petatur*.

5. Competit querela primo liberis, in quorum quoque gratiam primitus videtur fuissa introducta. arg. *l. nam. etsi* 15. *pr. ff. h. t.* & his quidem injuste exhæredatis a patre, præteritis a matra, quippe cujus prætaritio tacitam continet exhæredationem: *pr. Inst. h. t.* §. *ult. Inst. de exhæred. liber.* eoque sensu accipienda *novell.* 115. *cap. aliud quoque* 3. *in princ.* ac deprompta inde *auth. ex causa C. de liberis præteritis*; dum illic ex causa exhæredationis aut præteritionis sola dicitur infirmari institutio: exhæredatione ad patrem, præteritione ad matrem relata; convenienter juri veteri, quod, dictans, ob præteritionem a patre factam testamentum nullum esse, aut rumpi, aut bonorum possessioni contra tabulas locum fieri, non invenitur expresse correctum. Adda *tit. ff. de liberis & posthum.* Nec interest, sui sint liberi an amancipati; nati an posthumi; sive post mortem patris, sive post conditum patris matrisve testamentum fuerint editi: *l. si mater*

ter 3. *C. h. t.* §. *tam autem*. 2. *Instit. h. t.* cum enim nulla in posthumos cadere possit ingratitudinis causa: *l. si quis suo* 33. *in fine C. h. t.* non aliis rectius quam hisce, tamquam injuste exhæredatis, accommodabitur. Nec tantum legitime natis datur, sed & adrogatis puberibus, (non impuberibus, quibus quarta D. Pii sufficit) ac adoptatis, quoties concurrunt naturalia & civilia adoptionis jura: arg. §. *sed hodie* 2. *Instit. de adoption. l. Papinianus* 8. §. *si quis impubes* 15. *ff. h. t.* Legitimatis vero toties, quoties ex vi legitimationis ipsis acquisitum jus successionis ab intestato: de quo latius *de success. ab intestato*. Naturalibus liberis contra matris quidem, at non contra patris testamentum: idemque in spuriis obtinet: *l. si suspecta* 29. §. *de inofficioso* 1. *ff. h. t.* Grivellus *decis.* 88. Palæotus *de nothis & spur. cap.* 58. *n.* 6. 7. nisi mater illustris fuerit; cui uti non succedunt ab intestato, ita nec querelam habent ab ea præteriti: *l. pen. C. ad Senatusc. Orfitian.*

6 Non denique refert, primi an ulterioris gradus liberi sint, quoties, prædefunctis parentibus intermediis, ad ipsos jus succedendi ab intestato devenit. Quod si liberi primi gradus a patre juste exhæredati sint, vel, cum injuste exclusi essent, querelam movere noluerint, parenti exhæredanti superstites, nepotibus ex his natis querela non competit: cum enim lex ipsa nepotes non vocet ad successionem avi ab intestato, quoties vivunt parentes intermedii, non potest nepotum intuitu testamentum videri contra pietatis officia factum: *l. si quis* 6. *pr. ff. de injust. rupt. irrit. testam.* ac ne rupturi quidem sunt nepotes tales quasi ex causa præteritionis avitum testamentum: *l. si quis posthumos* 9. §. *si filium* 2. *ff. de liberis & posth. d. l.* 6. *ff. de injust. rupt. irrit. testam. l. scripto* 7. *ff. si tabul. test. nullæ extab.* Unde & omne adjutorium nepotem talem dereliquisse, ait Imp. in *l. si quis filium* 34. *C. h. t.* Sande *decis. Frisicar. lib.* 4. *tit.* 9. *defin.* 7. Fachineus *controvers. lib.* 10. *cap.* 47. *incipit existimo*. Gomesius *variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 11. *n.* 21. Neque hisce obstat, quod exhæredati mortuis comparati sint: *l.* 1. §. *sed & si* 5. *ff. de conjung. cum emanc. liberis ejus*: mortuo vero filio ante patrem, nepotibus querela detur. Non enim in omnibus, sed quibusdam tantum in casibus, ac nequaquam in proposito, istam mortui & exhæredati comparationem procedere, patet ex *d. l.* 7. *ff. si tab. testam. nullæ extab. d. l.* 6. *ff. de injust. rupt. irrit. testam. l. si patronus* 12. §. *si quis libertum* 1. *ff. de bonis libertor.* Ne dicam, tum demum eos mortuis comparari, cum tenet exhæredatio; tenet vero demum ea, ex quo hæreditas ex testamento aditur: *l. filium* 20. *ff. de bonor. possess. contra tabulas*: cui consequens, ut moriente testatore exhæredatus filius, pro mortuo necdum habitus, impedimento fuerit nepotibus, quo minus videri possent lege ad avitam vocati successionem. Gratis quoque in patrocinium contrariæ sententiæ assumitur, in querela locum esse successorio edicto, de quo est *tit. de successorio edicto*: cum id nuspiam inveniatur cautum, ut de gradu in gradum ordine successorio transiret; sed id tantum, ut una linea deficiente, ad aliam lineam querela transferatur; adeoque si filius exhæredatus sit, pater præteritus, filio non agente vel repulso, pater jure suo querelam movere possit: *l. pater filium* 14. *ff. h. t.* Et quod Paulus ait in *l. pen. ff. h. t.* eo, qui admittitur ad accusationem inofficiosi, nolente vel non valente accusare, *sequentem admitti, & successioni locum fieri*, id de sequente linea, non gradu, intelligendum, convenienter *d. legi* 14. *ff. h. t.* Neque eadem hic transitionis de gradu in gradum, quæ de linea in lineam, ratio est: cum utique nepotes ab intestato volentes avo succedere, patrem intermedium jure exhæredatum repræsentent, & ita ex ejus, jure exclusi, capite vindicarent hæreditatem; absurdum autem esset, melioris eos juris esse, aut potestatis majoris in agendo, quam est is, cujus vicem gerunt. At ex adverso pater a suo filio præteritus nullo modo venit ad filii sui defuncti hæreditatem ex capite aut repræsentatione nepotis juste exhæredati; sed plane ex proprio capite, primum obtinens in linea ascendente gradum.

7 Cæterum gentium plerarumque moribus (si Frisiam excipias, in qua & matris testamentum ob liberorum præteritionem pronunciatum est ipso jure nullum, si deesset clausula codicillaris; vide Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *tit.* 2. *defin.* 2.) receptum est, ea, quæ de jure Romano de præteritione per matrem facta traduntur, etiam in patre liberos prætereunte sibi locum vindicare, ac præteritionem liberorum in eo quoque tacitam continere exhæredationem; sic ut testamentum præteritione liberorum laborans querela rescindendum sit quantum ad institutionem, legatis, quatenus legitimam haud lædunt, firmis manentibus; teste Grotio *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 11. *& seqq.* Gudelino *de jure noviss. lib.* 2. *cap.* 5. *vers. pariter nec*, seu *n.* 6. Groenewegen *ad princ. Instit. de exhæredat. liberorum*. Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 5. *cap.* 4. *n.* 4. Si tamen clausula codicillaris adjecta fuerit, aut tales termini sint, ut subaudiri debeat, hæreditas institutis restituenda erit, ut plenius dicetur *in seqq. h. t.*

8 Quod si nulli existant liberi, vel existentes querelam non moveant, parentes vero, turbato mortalitatis ordine superstites, præteriti fuerint vel exhæredati a suis liberis prædefunctis, querelæ movendæ facultas iis data est: nam etsi parentibus non debetur filiorum hæreditas, propter votum parentum; & naturalem erga liberos caritatem; turbato tamen mortalitatis ordine, non minus parentibus, quam liberis, pie relinqui debet, ita exigente miserationis ratione: *l. pater filium* 14. *l.* 15. *ff. h. t.* §. 1. *Inst. h. t. l. scripto* 7. §. *ult. ff. si tabul. testam. nullæ extab.* grave etenim est (ut ait Seneca consolat. ad Marciam cap. 17.) *quem educaveris juvenem, jam matri, jam patri præsidium ac decus, amittere: ac nullum non acerbum funus est, quod parens sequitur.* Nec indigni querela censendi parentes a prioris matrimonii liberis præteriti, ob id, quod ad vota secunda transiverint; cum inter plures secundarum nuptiarum pœnas nuspiam hæc querelæ denegatio inveniatur proposita, idque ratione bonorum, in quæ parens binubus aut binuba non

prohibetur ab intestato succedere. Vide Abrah. a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 11. *n.* 70. *& seqq.*

9 His quoque deficientibus, ad querelam admittuntur fratres ac sorores germani & consanguinei; non uterini; eo quod cum illis communia nominis ac familiæ jura sunt; non item cum his. Nec tamen illi omni admittuntur casu, sed tum demum, cum turpis persona, juris aut facti infamia laborans iisdem prælata fuit, atque ipsi fratres nulla sunt existimationis privatione notati; cum alioquin inique carpant in aliis morum pravitatem ac famæ læsionem, a qua ipsi non sunt immunes. *l. fratres* 27. *C. h. t.* junct. *l. in arenam* 11. *C. h. t. l. viro* 59. *ff. soluto matrimon.* Nec his, quæ de uterinis non admittendis dicta, repugnat, quod sine distinctione simpliciter dicitur, neminem eorum, qui ex transversa linea veniunt, *exceptis fratre & sorore* ad inofficiosi querelam admitti, *l. fratris* 21. *C. h. t.* neminem *ultra fratrem*, *l.* 1. *ff. h. t.* cum receptissimum sit, minus limitatam seu indefinitam unius legis locutionem ex aliis legibus, distinctionem adhibentibus, solere ac oportere restringi, adeoque in casu nostro per *d. l.* 27. Quod si honesta simul & turpis persona inveniatur instituta, querela pro ea parte præteritis fratribus accommodanda, ex qua scriptus est infamia tentus, ratâ manente defuncti dispositione quantum ad reliquos institutos nulla infamiæ macula notatos; adeoque pars hæreditatis remanebit in testamento, pars jure intestati deferetur, nec ea ratione absurdum est, ex post facto eundem in paganis pro parte intestatum videri: *l. circa* 24. *ff. h. t. l. cum duobus* 13. *C. h. t.* arg. *l. nam etsi* 15. *§. ult. ff. h. t.* Gomezius *variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 11. *n.* 37. vers. *septimo*. Barry *de successionib. lib.* 10. *tit.* 6. *n.* 2. Respons. JCtor. Holland. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 73. *n.* 3. *pag.* 226.

10 Turpis autem persona censeri debet ratione querelæ meretrix, etiamsi jam alteri nupta dereliquerit meretriciam vivendi consuetudinem: neque enim aboletur turpitudo, quæ postea intermissa est: *l. palam* 43. *§. non solum* 4. *ff. de ritu nuptiar.* Concubina quoque; quippe quæ, si jus Romanum species, matrisfamilias honestatem non habuisse dicitur: *l. probrum* 41. *§.* 1. *ff. de ritu nuptiar.* & licet concubinatus appelletur *licita conjunctio l. si qua illustris* 5. *C. ad Senatusc. Orfitian.* quatenus per leges nomen assumpsit & extra legis pœnam est: *l.* 3. *in fine ff. de concubinis*; tamen quia non omne quod licet honestum est: *l. non omne* 144. *ff. de regul. juris.* & si usus nostros consideres, a ceteris meretricibus fornicantibus concubina non solet distingui: Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 4. 5. non dubium, quin turpitudinis aut levis saltem notæ macula notata sit: arg. *d. l. probrum* 41. *pr. ff. de ritu nupt. l. idem* 4. *§. sed quod* 3. *ff. de condict. ob turp. caus.* Gomezius *var. resolut. tom.* 1. *cap.* 11. *n.* 38. *in med.* Barry *de success. lib.* 10. *tit.* 7. *n.* 4. Respons. JCtor. *Holl. part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 56. & *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 73. *pag.* 224. *& seqq.* Aliud dicendum, si non legitimo progenitus matrimonio institutus esset, veluti ex concubina natus, vel vulgo quæsitus, vel incestuosus aut adulterinus. Cum enim non hi, sed magis eorum parentes, peccaverint, nulla existente culpa turpive facto, non potest infamia in hisce concipi, sive juris, sive facti. *Numquam* (inquit Chrysostomus *can. nunquam* 4. *distinct.* 56.) *de vitiis erubescamus parentum. Quod si fornicatorem ipsum ad meliora conversum nequaquam prior vita commaculat, multo magis ex meretrice natus & adultera, si propria virtute decoretur, parentum suorum non dedecoratur opprobriis; non est omnino nec de virtute, nec de vitiis parentum aut laudandus aliquis, aut culpandus.* Et, si non sit deneganda aut impedienda in hos dignitatis aut sacerdotii collatio, quia nihil ipsi commiserunt, sed alieno laborant vitio: *l. spurii* 6. *l. generaliter* 5. *§. spurios* 2. *ff. de decurion.* junct. *l. legem* 7. *in med. C. de liberis naturalib. can. apostolica* 12. *&* 15. *distinct.* 56. cum tamen neque juris neque facti infamia laborantibus pateant dignitatum portæ: *l. neque famosis* 2. *C. de dignit.* ratio quoque non est, cur tanquam infames per inofficiosi querelam a delata testamento hæreditate expellerentur, quoties ipsi ex suo capite præter nativitatis infelicitatem non alia laborant infamiæ nota. Carpzovius *defin. forens. part.* 3. *constit.* 10. *defin.* 10. *in fine*. Palæotus *tract. de nothis & spuriis cap.* 55. Jacobus Themingius *decis.* 48. *n.* 19. *& seqq.* Thesaurus *decis.* 126. *n.* 6. 7. Ang. Barbosa *ad l.* 27. *C. h. t. n.* 18. Gratianus *discept. forens. cap.* 155. *n.* 27. *& seqq.* Neque fundamento sat justo nititur quorumdam distinctio, in naturalibus quidem & vulgo quæsitis, non vero in incestuosis, adulterinis, aut alio complexu damnato genitis, hanc sententiam admittentium; inter quos est Gomezius *variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 11. *n.* 38. Barry *de succession. lib.* 10. *tit.* 7. *n. filius Sacerdotis* 5. Nec turbare quemquam debet Calixti Pontificis rescriptum, infames declarans eos, qui ex incestuosa conjunctione fuerint progeniti, *can. conjunctiones* 2. *causa* 35. *quæst.* 2. *&* 3. eo quod illud se refert ad jus civile, infamesque jubet esse ita natos, *quia leges seculi infames tales vocant & ab hæreditate repellunt*: cum vero de relato, (ut vulgo loquuntur) non constet, neque uspiam leges civiles incestuosum infamem dicant, nec in universum a quorumvis, sed tantum parentum hæreditate repellant; non est, quod ei vel fides habeatur, vel rescripti Pontificii tribuatur auctoritas: arg. *auth. si quis in aliquo C. de edendo*, junct. *l. ult. & tot. tit. Cod. si contra jus vel utilit. public. vel per mendacium &c. l. nec damnosa* 3. *l. pen. C. de precibus Imperat. offerend.* Neque ex eo, quod tum jus civile, tum mores gentium inter legitime & illegitime natos differentiam in nonnullis admittant, & vel in concursu legitime natos illegitimis anteponant, vel illegitimos ab omnibus officiis publicis atque civilibus repellant: *l. generaliter* 5. *§. spurios* 2. *ff. de decurion.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. part.* 1. *cap.* 12. *n.* 6. 7. recte concluseris, eos ergo infamia laborare: nam fœminas a civilibus officiis remotas fuisse, constat *l.* 2. *ff. de reg. juris*: & peregrinos olim a dignitatibus & successionibus in Hollandia alibique fuisse exclusos, testis est Grotius *d. lib.* 1. *cap.* 13. quos ei

quis

quis ob id infamibus voluerit accensendos, toto profecto cœlo erraverit. Quid de aleatoribus, lenonibus, aliisque multis statuant interpretes, videri potest apud Aug. Barbosam *ad l.* 27. *C. h. t. n.* 20. *& seqq.* suntque huc reducenda, quæ dixi *tit. de his qui not. infam.*

11 Aliis ultra jam enumeratos querela non datur, melius quippe facturis, si se sumptibus inanibus nihil profuturis non divexent: *l.* 1. *ff. h. t.* adeoque non fratrum sororumve filiis: *l. fratris* 21. *C. h. t.* Neque quicquam per jus novum hac in parte mutatum existimo. Quamvis enim id in confesso sit, fratres germanos una cum parentibus ad intestati fratris successionem viritim accedere: uterinos quoque fratres ab intestato una cum consanguineis fraternæ hæreditatis ex æquo reddi participes: fratrum denique filios una cum suis patruis ac avo aviaque jure repræsentationis ad patrui defuncti patrimonium admitti: *novell.* 118. *cap.* 2. *&* 3. *novell.* 127. *cap.* 1. Non tamen inde recte concluseris, parentum exemplo fratribus præteritis omni casu, etiam cum turpis persona non est prælata, querelam indulgendam esse: aut uterinos fratres iisdem casibus, quibus consanguinei vel germani, de inofficioso posse queri: aut fratrum prædefunctorum filiis ex jure quodam repræsentationis permitti inofficiosi actionem; aut denique post impetratam a parente ex causa inofficiosi rescissionem, causamque testati redactam ad causam intestati, fratres germanos ac prædefunctorum aliorum fratrum filios fraternæ hæreditatis partem laturos; aut concursuros cum consanguineis uterinos, postquam consanguinei per querelam obtinuerint fraterni testamenti rescissionem. Neque enim a successione ab intestato, quæ ab initio defertur, (de qua sola agit *d. nov.* 118. *&* 127.) & quam moriens sponte videtur reliquisse his, quos lex designavit: *l. conficiuntur* 8. §. *sed ideo* 1. *ff. de jure codicill.* argumentum procedit ad inducendam querelæ contra testamentum movendæ licentiam, aut faciendam exæquationem personarum in successione contra defuncti voluntatem obtenta per inofficiosi actionem: tum quia jus novum strictam recipere debet interpretationem, ut quam minimum juri veteri decedat, nec stare prohibendum, quod non invenitur expresse correctum, ut dictum *tit. de legibus*: tum, quia res inter alios acta aliis non prodest, adeoque nec obtenta per unius querelam victoria cæteris, querelam non habentibus, & injuriæ exhæredationis non affectis, ac ex necessitate juris haud instituendis, viam sternere potuit ad legitimam hæreditatem: tum denique quia liberorum adoptivorum, uti & impuberum adrogatorum conditio abunde monstrat, a successione competente non recte inferri querelæ movendæ facultatem, aut exæquatos in jure succedendi ab intestato, etiam in querela exæquatos debere censeri: impubes enim adrogatus, licet cum legitime natis ab intestato succedat, ad querelam tamen admissus non fuit, quarta D. Pii ipsi concessa: *l. Papinianus* 8. §. *si quis impubes* 15. *ff. h. t.* Et quamvis adoptati ab extraneo ab intestato succedere possint suo parenti adoptivo, una cum liberis aliis legitime natis; tamen si ab eo præteriti fuerint aut exhæredati, nec querelam movere possunt, nec testamentum ob præteritionem nullum dicere: *l. pen. Cod. de adoption.* §. *sed ea omnia* 14. *Instit. de hæreditatib. quæ ab intestato*, §. *tam autem* 2. *Instit. h. t.* Jacobus Coren *observ.* 10. *n.* 12. 13. 14. *& seqq.* Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 45. *& seqq.* Adde D. Joh. a Someren *de repræsentatione cap.* 5. *sect.* 1. *n. ult.* Ne dicam, admissa sententia contraria, (quod nempe rescisso per querelam testamento admittendi essent ad successionem illi, quibus non data querela) eventurum, ut melioris conditionis futuri essent, quibus denegata, quam quibus data querela est; dum parentes soli incertum subituri essent litis ac sumptuum de inofficioso periculum, vincentes autem partum suo labore suoque periculo commodum, defuncti etiam fratribus fratrumque filiis essent quæsituri: atque insuper futurum, ut, quibus denegarunt leges querelæ facultatem, his tamen omnis querelæ utilitas ac effectus quæreretur, atque ita tribueretur alia via, quod una manifeste ademtum apparet, in legis, inofficiosi actionem denegantis, fraudem, & contra ratiocinium Jurisconsulti, in *l. quæritur* 38. *ff. de bon. libert.* Eoque facit *l. si post mortem* 10. §. *liberi* 4. & §. *exhæredati* 5. *ff. de bon. poss. contra tab.* Et hæc multo magis admittenda eorum moribus, qui ultra juris Romani dictamen jus repræsentationis in linea collaterali ad quartum aut sextum extendunt gradum; de quo nos latius in materia successionis ab intestato; ne alioquin & fratrum nepotibus in quarto gradu positis, aut remotioribus sexti gradus cognatis querelam tribuamus, atque ita durum hoc ac plenum invidiæ remedium nimiam recipiat extensionem. Nec immerito propter fundamenta superiora dubitaveris de eo, quod Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 9. tradidit, cum hodie fratres uterini cum consanguineis concurrant, consequens esse, ut etiam concurrant in inofficiosi querela; quod & Hugo Grotius videtur innuere, dum generaliter querelam fratribus & utrimque, & ex uno latere conjunctis tribuit, *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 24. & Brunnemannus ad *l. posthumus* 6. *ff. h. t. n.* 5. *&* 6. fratres uterinos saltem post rescissum querela testamentum admittens cum consanguineis. Nec pro hac sententia facit *d. l. posthumus* 6. §. *si quis ex* 1. *ff. h. t.* quippe quæ de illis agit, qui querelæ movendæ jus non habebant; qui, si de facto eandem intentaverint, ac casu obtinuerint, victoria ipsis haud profutura est, sed evacuato per sententiam testamento, hæreditatem ab intestato vindicabunt hæredes legitimi. Quo tamen casu si actor simul proximus ab intestato hæres sit, per accidens erit, quod querelæ movendæ jure carens, hæreditatem nihilominus sibi retineat. Minus refragatur, quod, non facto testamento, aut ob non aditam ex eo hæreditatem irrito, parentes non totam fuissent habituri hæreditatem, sed magis cum suis liberis, defuncti fratribus germanis divisuri (idemque de consanguineis fratribus ratione uterinorum) cui consequens videri posset, etiam parem parentum fratrumque germanorum debuisse causam censeri, ubi per querelam causa testati ad causam intestati redacta est. Non enim absurdum, ut plus percipiant, qui exhæredationis injuria affecti sunt, quam fuis-

sent

sent habituri, si nulla fuissent exhæredationis nota læsi: sic namque plus quam legitimam habent, institutione tota per querelam subversa, qui legitima sola honorati nullam habuissent portionis majoris petendæ causam: cum contra absurdum esset, illos, qui lege permittente sunt præteriti, atque ita non læsi, paris fore conditionis cum illis, qui lege refragante per exhæredationem læsi, in læsionis solatium ad hæreditatem erant admittendi.

12 Instituenda est querela adversus hæredes testamento, sive scripto, sive nuncupativo, vocatos, cujuscunque dignitatis; atque adeo contra Imperatorem quoque, qui, licet legibus solutus sit, hac tamen parte legibus vult vivere: *l. Papinianus* 8. §. *si Imperator* 2. *ff. h. t.* nec refert, extranei instituti fuerint, an vinculo sanguinis juncti testatori; qua ratione filiis quibusdam exhæredatis adversus suos fratres reliquos; nepotibus adversus suos patruos, defuncti filios, ac institutos, inofficiosi accusatio competit: *l. pen.* §. *quantum* 1. *ff. h. t.* & filiis defuncti exhæredatis adversus suos liberos, ab avo defuncto ad successionem vocatos: *l. si ponas* 23. *ff. h. t.* filiis etiam a matre præteritis, contra suum patrem ab uxore institutum: *l. filius non* 22. *ff. h. t.* denique parentibus defuncti præteritis adversus suos filios superstites, fratris sui prædefuncti ex testamento hæredes: *l. cum filium* 17. *C. h. t.* eo quod non tam conditio vocatorum in testamento, quam potius injuria præteritorum aut exhæredatorum spectanda est. Quid? quod & adversus omnes competit, qui in hæredis instituti locum subintrarunt, eumdemque repræsentant; quales hæredis hæredes, & fiscus, qui in hæredis bona successit: *l. si hæredum* 10. *C. h. t.* & is, cui ex causa fideicommissi per institutum hæreditas est restituta: *l.* 1. *C. h. t.*

13 Effectus querelæ recte intentatæ olim erat, quod totum infirmaretur testamentum, sic ut nec legata nec libertates nec quicquam ex eo deberetur: *l. Papinianus* 8. §. *pen. ff. h. t.* exceptis quibusdam casibus, quibus libertates manebant ratæ: *d. l.* 8. §. *ult. ff. h. t. l. cum duobus* 13. *C. h. t.* quandoque & legata: *l. qui, repudiantis* 17. §. 1. *l. cum mater* 28. *ff. h. t. l. cum filius* 76. *ff. de legatis* 2. Sed jure novo sola infirmatur institutio, non tantum usque ad legitimam, sed in solidum: cæteris testamenti capitibus, sive legatum, sive libertatem, sive substitutionem contineant, firmis manentibus: *novell.* 115. *cap. aliud quoque* 3. *in fine & cap.* 4. *in fine*. Quod non tantum admittendum, si liberi aut parentes, sed &, si fratres instituerint inofficiosi accusationem: perquam enim absurdum fuerit, collaterales, non nisi certis in casibus, & non nisi in odium institutæ turpis personæ ad querelam admissos, meliorie esse conditionis & plus percipere, retinendo penes se legata infirmata, quam qui proximo descendentium vel ascendentium gradu sunt juncti defuncto; neque regulariter æquitas patitur, alieno odio atque adeo hæredis, prægravari alios, puta legatarios nulla turpitudine laborantes: arg. *l. si quis suo* 55. *in fine C. h. t. regul. non debet*. 22. *de reg. jur. in* 6. Quibus non recte objicitur *l. Paconius* 3. *ff. si a parente quis manumiss. sit*: tum quia ibi non de fratribus agitur sed patre, cui meretrix filiali testamento prælata proponebatur; frustra vero ab iis, quæ disposita circa personas parentum patronorumque, maximis & inæstimabilibus beneficiis sibi liberos libertosque devinctos habentium, ad fratres nullis sæpe beneficiis, saltem non tantis fratri notos, argumentum producitur. Tum etiam, quia patri in casu *d. l.* etiam honesta persona per filium instituta, querela ad totius testamenti subversionem competebat: *l.* 1. §. *ult. ff. d. tit. si a parente quis manumiss.* hoc vero jure novo mutatum esse, jam monitum. Quin tamen totam institutionem, etiam supra legitimam, fratres quærendo infirmaturi sint; haud videtur dubitandum, cum hac in parte neque mutatio juris veterie appareat, neque diversum quid ab iis, quæ in parentibus liberisque obtinent, inveniatur constitutum, licet hic varii varie sentiant. Vid. Aug. Barbosam *ad. l.* 27. *C. h. t. n.* 9. 10. 11. 12. Castillo de Sotomayor *libr.* 2. *quotid. quæstion. cap.* 19. *n.* 25. *& seqq.* & *n.* 32. *& seqq.* Gomezius *variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 11. *n.* 37.

14 Quod si clausula codicillaris inofficioso testamento adjecta fuerit, (quam etiam in testamento parentum ratione liberorum subintelligi ex multorum opinione, dicetur *tit. de codicillis*) id operabitur, ut illud vim codicilli retineat, & inofficiosa institutio sustineatur jure fideicommissi; ac rogati videantur illi, qui querela causam testati redegerunt ad causam intestati, ut institutis hæreditatem restituant deducta ac reservata sibi sola ex legibus debita portione: arg. §. *sed & si* 3. *Instit. quib. mod. testam. infirm. l.* 1. *l. illud* 13. §. 1. *ff. de jure codicill. l. ex ea scriptura* 29. §. 1. *ff. qui testam. fac. possunt*. Ut tamen ex jure canonico ac moribus propę gentium omnium moratiorum in liberis detractio duplicis quartæ tam legitimæ, quam Trebellianicæ, recepta sit, sive pure, sive sub conditione vel ex die gravatos concipiamus: *cap. Raynutius* 16. *& cap. Raynaldus* 18. *extra, de testamentis*. Hugo Grotius *manud. ad Jurispr. Holl. libr.* 2. *cap.* 20. *n.* 19. Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 17. & plures alii relati apud parent. p. mem. Paulum Voet *ad* §. 9. *Instit. de fideicomiss. hæred. n.* 4. licet alii in solis pure non sub conditione gravatis hanc quartæ duplicis detractionem admittant. Andr. Gayl *lib.* 2. *observ.* 121. Quæ duæ quartæ, quo modo computandæ sint, variant usus. In Frisia quidem si plures liberi essent quam quatuor, præter semissem legitimæ nomine debitum, insuper alterius semissis quartam velut ex senatusconsulto Trebelliano curia adjudicavit, teste Sandio *decis. Frisic. libr.* 4. *tit.* 7. *defin.* 7. secuta probabiliorem Anton. Fabri *Cod. libr.* 6. *tit.* 27. *defin.* 4. Cujacii, Fachinei, Petri Heigii, & aliorum illic recensitorum opinionem, quam & Deckerus probat *libr.* 2. *dissert.* 14. *n.* 21. & Ultrajecti receptam testatur D. Joh. a Someren *de repræsentatione cap.* 6. *n.* 21. Contra vero in Hollandia, sive plures fuerint liberi quam quatuor, sive pauciores, non amplius quam semissem portionis ab intestato debitæ unicuique pro legitima censurum obtinuit; ita ut alter semis in totum veniat jure fideicommissi restituendus; quæ & plurium aliorum extra Hollandiam sententia ac praxis est. Grivellus de-

decis. 107. *n.* 9. 10. Deckerus *libr.* 1. *dissert.* 14. *in fine defin.* 3. Groenewegen ad *Grotii manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 20. *n.* 19. Paulus Voet *ad* §. 9. *Instit. de fideicomm. hæred. n.* 5. Simon van Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *libr.* 3. *cap.* 9. *n.* 11.

15 An vero nepotes quoque neptesve fideicommisso expresse, vel cum injuste præteriti aut exhæredati essent, tacite vi clausulæ codicillaris gravati duas possint quartas deducere, non satis in aperto est. Nepotibus tamen etiam duas quartas usus tribuit; cum tam in successione ab intestato, quam in querelæ movendæ facultate, filiis nepotes exæquati sint ac pariter concurrant; ut proinde nec in quartæ duplicis detractione in dubio videantur separandi. Et licet permissum sit avo, nepotes gravanti onere restitutionis, nominatim prohibere Trebellianicæ detractionem, in eoque deterior sit conditio nepotum, quam filiorum, in quibus prohibitio admissa non est; tamen, cum expressa requiratur istius quartæ prohibitio, nec tacita sufficiat: *novell.* 1. *cap.* 2. *in fine*; concipi vero nequeat expressa prohibitio, quoties exhæredatos ponimus aut præteritos silentio nepotes; consequens est, ut vi clausulæ codicillaris restitutione obstricti duas jure quartas deducant. Ant. Faber *Cod.* 6. *libr.* 6. *tit.* 27. *defin.* 4. Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 17. *in fine.* Respons. Jurisconsc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 193. *n.* 5, 6. & *part.* 2. *consil.* 20. *pag.* 42. *in fine.* & *part.* 1. *consil.* 25. Leeuwen *cens. forens.* d. *part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 9. *n.* 12. Peregrinus *de fideicommissis art.* 3. *n.* 54.

16 Aliter sese res habet in parentibus per liberos, aut fratribus per fratres personam turpem instituentes, præteritis, quippe qui per querelam infirmantes testamentum, & vi clausulæ codicillaris rogati restituere scriptis in inofficioso hæredibus, non duas quartas sed solam legitimam salvam sunt habituri. Cum enim secundum Romani juris principia verius sit, illos, quibus legitima est debita, fideicommisso gravatos solam deducere legitimam, eamque ipsam imputari quoque in quartam ex senatusconsulto Trebelliano detrahendam, ut latius *tit. de Senatusc. Trebell.* neque quantum ad parentes fratresque, sed tantum descendentium intuitu, jus civile per canones mutatum sit, duplicis quartæ indulta detractione; ac denique haud improbabile sit, hanc ipsam juris canonici circa liberos gravatos dispositionem ex perperam intellecto Quiritium jure profluxisse; rationis certe est, ut non ascendentes aut collaterales sine lege aut canone aut constanti consuetudine transferamus id, quod liberorum solorum providentia invenitur sive ex æquitate sive ex quodam errore inductum: arg. *l. quod vero* 14. *l. quod non ratione* 39. *ff. de legibus.* Hugo Grotius inter responsa JCtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 193. *n.* 3. 5. Peregrinus *de fideicommiss. art.* 3. *n.* 55. frustra dissentiente post alios Fachineo *controvers. lib.* 12. *cap.* 80. quod enim ait, ea, quæ recepta sunt in descendentibus, ad ascendentes debere extendi; nulla ratione vel jure firmatur. Illud quidem expeditum & ultro dissidentibus largiendum, potuisse juris canonici auctores, uti descendentium intuitu duplicem contra jus Romanum quartæ deductionem decreverunt, ita etiam in adscendentibus ac fratribus idem constituere; ut & hi tanquam parentes aut fratres legitimam perciperent, iterumque separatim Trebellianicam tanquam fideicommisso gravati hæredes. Sed cum id non appareat factum esse, perperam illa, quæ de liberis tantum inveniuntur cauta, ad parentes fratresque traducuntur: licet enim in eo tertio inter liberos ac parentes conveniat, quod legitima non minus pie parentibus, quam liberis relinquenda sit: *l. nam etsi* 15. *ff. h. t.* in cæteris tamen ratio diversa est, longeque deterior in aliis juris partibus quantum ad ipsam successionem parentum, quam liberorum causa: nam & liberis tum in successione ab intestato, tum in ipsa querela, fuerunt postpositi: *l. pater filium* 14. *ff. h. t. novell.* 118. *c.* 1. 2. & præteriti non potuerunt testamentum dicere nullum, atque ita a legatorum præstatione liberari; sed solam institutionem querela infirmabant. Ut proinde a disparatis (ut loquuntur) male fiat illatio.

17 Quæ vero de liberis præteritis vi clausulæ codicillaris ad semissis restitutionem, velut ex causa fideicommissi obligatis, & legatorum relictorum validitate, dicta sunt, non semper admittenda in casu, quo parentes ignoranter posthumos præterierunt, aut liberos tales, quos mortuos crediderunt; aut quasi posthumos, cum tempore testamenti conditi ignorarent eos in utero esse, & non diu post eorundem nativitatem fato functi sunt. Aut enim præter illos ex ignorantia præteritos nullam aliam reliquerunt sobolem, atque adeo extraneum instituerunt hæredem; aut alios jam natos suo testamento scripserunt hæredes. Priore casu eum, qui præteritus est, usque adeo parentis testamentum infirmaturum existimo, ut neque legata sint firma mansura, (exceptis forte minutis quibusdam arbitrio judicis, quæ & institutis liberis morigeris ac spem successionis obsequio perpetuo sibi conservantibus, per parentes relinqui frequens ac vulgatum est) neque vi clausulæ codicillaris obligandus sit, ad hæreditatem reliquam, retento semisse, instituto restituendam: tum, quia præsumendum est ex pietatis ratione ac conjectura, testatorem, si de liberis cogitasset, prudenti consilio proprias successiones extraneis fuisse prælaturum in suis bonis, adeoque liberos legatariis extraneis, usque adeo; ut & expressum fideicommissum a testatore relictum, ob liberos postea ex filio gravato natos evanescat, licet nulla liberorum mentio esset habita: arg. *l. cum acutissimi* 30. *C. de fideicommissis.*, *l. cum avus* 102. *ff. de condit. & demonstrat. l. generaliter* 6. *C. de instit. & substit. l. Lucius Titius* 85. *in fine ff. de hæred. instit. l. si is, qui ducenta* 13. §. *ult. ff. de rebus dub.* Tum quia in ipsis militibus jure militari testantibus id fuit receptum, ut, licet ex certa scientia liberos impune præterire potuerint, tamen si præteriissent quos in utero vel in rerum natura esse ignorabant, testamentum liberis præteritis nullum inferret præjudicium; sed non obstante militari privilegio esset invalidum, nec legata, eo data, præstarentur: *l. militis codicillis* 36. §. *miles in* 2. *ff. de testam. milit. l. sicut certi* 9. *l. si cum* 10. *C. de testam. militis*: adde *l. qui jure* 7. *ff. eod. tit.* Tum denique, quia videri non potest ullo gravatus sive fi-

fideicommisso sive legato is, de quo, cum testamentum conderet, ne cogitavit quidem testator: arg. *l. illud enim* 13. *l. pen. ff. de jure codicillorum*. Neque hunc voluntatis defectum clausula codicillaris supplet: quippe tralatitium est, & *tit. de codicillis* plenius demonstrandum, clausula illa sustineri tantum testamenta imperfecta ratione solemnitatis, at nequaquam ea, quæ laborant voluntatis defectu. Quibus insuper accedere potest ex jure nunc passim recepto, quod, si inter vivos donatio facta ab eo, qui liberos non habebat, in totum infirmetur propter liberos postea susceptos, licet non sola donantis voluntate, sed & donatarii acceptione roboretur, ut dicetur *tit. de donat.* multo magis præsumi debeat, clausulam codicillarem non imponere in dubio onus fideicommissi liberis ignorante testatore postea nascituris. Vid. Fachineus *controvers. lib.* 4. *cap.* 14. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 114. *n.* 9. *& seqq.* Ant. Faber *Cod. lib.* 6. *tit.* 17. *defin.* 2. Jul. Clarus §. *testamentum quæst.* 46. *n.* 2. Mich. Grassus §. *testamentum quæst.* 36. *n.* 21. Respons. JCtor. Holl. *part.* 4. *consil.* 21. dissentit post alios Brunnemannus *ad l. cum mater* 28. *ff. h. t.* motus potissimum rescripto Hadriani in *d. l.* 28. proposito, sed cujus neque mentem, neque rationem satis perspectam habuit, ut *in seqq.* monstrabitur. Ac de eo casu, quo non alii extabant liberi, accipiendum, quod dicitur, soluta legata condici posse, si testamentum infirmum sit ex eo, quod ab hostibus reversus, quem pater mortuum præsumpserat: *l. idem est* 3. *l.* 4. *l.* 5. *ff. de condict. indeb.* Neque contra hanc sententiam facere potest, *l. ult. ff. de hæred. instit.* cum non de filio testatoris, sed extraneo instituto, & per errorem pro mortuo habito, agat; in quo non militant superiores rationes. Quod si ex adverso parentes, prætereuntes ignoranter posthumum, quemve mortuum esse falso crediderunt, alios insuper liberos reliquerint, eosque instituerint, atque ita in ea hærentes ignorantia secundum ante dicta in fata concesserint; verius existimem, infirmandum haud esse eo casu testamentum; sed illum præteritum sive posthumum sive errore pro mortuo habitum fratribus ceteris in eo testamento institutis sic accreturum esse, & successurum, atque si & ipse una cum ceteris fuisset institutus: cum enim id ita in matre jure Romano constitutum sit, quæ testamento liberos reliquos hæredes scripserat, & posthumo præterito in puerperio decesserat, antequam commode potuisset voluntatem mutare: *l. si mater* 3. *C. h. t.* quæ quæso diversitatis ratio erit, cur non in patre idem admiserimus, ex quo passim fere obtinuit, inter paternum maternumque testamentum ratione præteritionis aut exhæredationis nihil interesse? Cum utique non modo pater æque ac mater falsis de morte filii rumoribus labi possit, & facilius ipse quam uxor propter absentiam aliasque causas plures ignorare, posthumum nasciturum. Ubi ergo a tempore conditi testamenti usque ad mortem filium præteritum superesse in vivis, aut posthumum sperari, ignoraverint, aut post conditum testamentum sperare quasi posthumum incipientes, testamentum prius (forte ob incertitudinem partus, dum monstrum nasci vel abortus fieri potest), mutare, posthumumque adscribere distulerint, eodem autem edito, repente humanis rebus exemti fuerint; in patrem æque ac matrem quadrat ratio *d. legis tertiæ C. h. t.* quod *nempe repentini casus iniquitas per conjecturam maternæ* (adde & paternæ) *pietatis emendanda sit*, & ob id *filio, cui nihil præter maternum* vel paternum *fatum imputari potuit, perinde virilis portio tribuenda sit, ac si omnes filios hæredes instituisset*. Quibus consequens erat, ut, cum ex testamento omnes succederent, quasi ex testamento omnes vocati, legata quoque in suo perdurarent vigore; cessante hic ulla pietatis præsumptione, quod parens non fuisset legaturus, si filium superesse aut sperari scivisset: eo quod reliquos jam natos, ejusdem cum præterito gradus & affectionis probabilis, declaraverat obnoxios legatorum præstationi. Atque hoc ipsum est, quod puto Paulum JCtum velle in *l. cum mater* 28. *ff. h. t.* cujus verba, paucis explanata, ita habent: *Cum mater militem filium falso audisset decessisse, & testamento hæredes alios* (subaudi, *filios*, non extraneos, quos nempe præter filium militem habebat) *instituisset; D. Hadrianus decrevit, hæreditatem ad filium pertinere* (id est, non tantum ad reliquos liberos institutos, sed *etiam ad filium* illum opinione falsa pro defuncto habitum; ita ut ille reliquis fratribus institutis accresceret, virilem partem laturus: & quia hac ratione testamentum per querelam non rescindebatur, sed in suo statu conservabatur, congruum rationi juris erat, illum filium cum cæteris institutis succedere) *ita, ut libertates & legata præstentur. Hic illud adnotatum, quod de libertatibus & legatis adjicitur;* videlicet ut quid singulare ex ratione, quod hæc præteritio non ab animo maligno & lædendi consilio proficisceretur, sed a solo errore facti satis probabili, ac facile excusando; neque, juxta superius dicta, circumstantia cæterorum fratrum legatis gravatorum pateretur præsumptionem, quod mater filium illum, quem mortuum credebat, non fuisset legatis gravatura; ut proinde æquum etiam fuerit, parci testamento materno, eique tanquam injuriam nullam continenti, effectum plenum attribui; filio nempe sic considerato, ac si non conquestus fuisset, sed a matre institutus: *nam* alioquin *cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet.* Hactenus Paulus, qui sic explicatus, non pugnabit cum Papiniano, legatorum solutorum, tanquam indebitorum, condictionem dante, *l.* 3. junct. *l.* 5. *ff. de condict. indeb.* Nec his quæ de præterito per ignorantiam cæteris accreturo fratribus institutis dicta, adversatur, quod is, qui ignoravit, se filium Titium habere, si *filiis* tutorem dederit, solis illis dedisse videatur, quos sciebat in potestate sua esse, at non ei, quem ignorabat se habere, quia de ipso non sensisset: *l. si quis ita* 16. §. *si quis*, *cum* 3. *&* 4. *ff. de testament. tut.* Etenim, quod præteritus per ignorantiam posthumus, aut falso rumore pro mortuo habitus filius, fratribus cæteris hæredibus scriptis accrescit, id ideo obtinuit, ne testamentum, quod non ex malo animo, aut lædendi proposito, sed ex facti probabilis ignorantia, etiam prudentissimos fallente, præteritione laborat, adeoque vere inofficiosum non erat, per querelam subverteretur, atque ita testator pœnam quandam subiret, qui contra pietatis officia nihil

hil

hil molitus erat. Contra vero, cum testamentum nulla sibi parte infirmaretur, etsi non omnibus sed quibusdam tantum liberis tutores eo dati essent, ac proinde cessaret illa testamenti a rescissione vindicandi ratio, consequens erat, ut secundum jus commune definiretur, tutorem ei datum non videri, quem se habere testator ignorabat, ac de quo propterea nec sensisse intelligendus erat; præsertim, cum filio tali non omne deesset adjutorium, sed abunde posset per legitimum dativumve tutorem prospectum esse. Et hæc quidem de legatis in totum præstandis etiam per illum posthumum vel creditum falso mortuum, qui fratribus cæteris institutis accreverat; si modo gravamen legati generaliter institutis inveniatur impositum; nulla nominum propriorum enumeratione in legando facta: quippe quo casu præteritus ex fictione juris consideratur tanquam cum cæteris institutus. Aliter tamen judicandum, si testator certam personam, vel unum ex pluribus liberis institutis solum, legato gravasset: eo namque in casu, cum ne cæteri quidem instituti ad legati præstationem devincti sint, absurdum fuerit, posthumum aut pro mortuo habitum videri gravatum talis legati parte: præcipue, quoniam expeditum est, duriorem non debere in dubio præsumi factam per parentes causam liberorum illorum, in quos nulla cadere potuit ingratitudinis causa, quales posthumi, quam eorum, qui forte potuissent fuisse ingrati ex tali ingratitudinis specie, quam parens indulgentior ad animum non revocavit. Solus ergo gravatus tunc legatum impleturus est: non tamen integrum, sed pro rata ejus partis diminutum, quam præteritus isti fratri gravato ex hæreditaria ejus parte est ablaturus, dum ex jure accrescendi pro instituto est habitus. Ita enim, si quis unum tantum sibi successurum credens, eundem legati præstatione oneraverit, eique ignoranti insuper alius ex jure prætorio aut aliter hæres sit, pro ea tantum parte, qua gravatus cum effectu hæres est, legati partem solvet, pro altera parte, quæ ipsi per adjunctum cohæredem detracta, neque ipse neque cohæres præter defuncti opinionem succedens ad legati implementum adstringetur, si individuum libertatis legatum excipiatur: *l. cum pater* 77. §. *cum existimaret* 29. *ff. de legatis* 2. *l. pen. ff. de jure codicill.* Non obstante *l. quidam* 14. §. *ult. ff. eod. tit.* quippe quæ, in quantum obesse posset, per subsequentem *l.* 15. mitigatur, ac mutatur.

18 Quoties autem per querelam rescissio institutionis obtenta est, eo loco institutus habendus erit, ac si hæreditatem nunquam adivisset: sic ut non tantum desinat tum creditoribus hæreditariis tum legatariis obligatus esse, sed & reviviscant ei & in eum jura omnia & actiones, quæ aditione fuerant extinctæ: *l. eum*, *qui* 21. §. *ult. ff. h. t.* & si quidem sub conditione faciendi aliquid institutus (veluti manumittendi) conditionem impleverit, æstimationem consequetur servi manumissi ab ipso manumisso; rata manente libertate ob favorem ejus: *l. si sub hac* 26. *ff. h. t.* aut facti æstimationem ab eo, in cujus utilitatem factum cessit; si illud tale sit, ut condici & pro infecto haberi nequeat: veluti si sub conditione reficiendi ædes alienas, vel præstandæ habitationis, institutus, refecerit eas, vel præstiterit habitationem, atque ita adiverit: arg. *l. si non sortem* 26. §. *libertus* 12. *l. in summa* 65. §. *sic habitatione* 7. *ff. de condict. indeb. d. l.* 26. *ff. h. t.* Plane si illa sit facti impleti natura, ut effectus ejus in irritum deduci possit, (ut puta, si conditio fidejubendi pro alio, aut cautionis interponendæ, sit apposita, & fidejusserit caveritve conditionis implendæ gratia) condictioni indebiti locum fore arbitror, ut vis cautionis aut fidejussionis evanescat: arg. *l. ult. ff. de constit. pecun. l. is*, *qui plus* 31. *ff. de condict. indeb. l. cum & soluta* 5. *C. eod. tit. l. si hæres* 5. §. 1. *ff. de act. empti: l. si cum filiusf.* 2. §. *aliud* 3. & 4. *ff. de donation. l.* 1. *ff. ut in possess. legat. vel fideic. serv. causa:* junct. *l. ex his omnibus* 54. *ff. de condict. indeb.* Quod si legata ex eo præstiterit testamento, quamvis olim ea condicere potuerit ut indebita, si errore, non sciens inofficiosi vitium, ea præstitisset: *l. eum*, *qui* 21. §. 1. *ff. h. t.* sicut & victor eorum condictionem habuit: *l. Papinianus* 8. §. *si ex causa* 16. *ff. h. t. l.* 2. 3. 5. *ff. de condict. indeb.* jure tamen novo, ex quo obtinuit, solam infirmari institutionem, magis est, ut sive legatariis sive creditoribus hæreditariis exsoluta, in restituenda victori hæreditate deducat; cum iniquum videretur, repeti a creditoribus aut legatariis, qui suum sunt consecuti: arg. *l. de hæreditate* 5. *C. de petit. hæreditatis*. Si tamen nihil hæreditarium possideat, vix dubitandum, quin habeat repetitionem: arg. *l. ult. in fine ff. de constit. pecun. l. si pœnæ* 19. §. *quamvis* 1. *l. in summa* 65. §. *ult. ff. de condict. indeb.* adde *tit. de condict. indeb. n.* 10.

19 Hi querelæ jure intentatæ effectus sunt; sed si quis testamentum inofficiosum improbe dixerit, atque ita succubuerit, perdit legata aut fideicommissa testamento data, quæ fisco cedunt, tamquam indigno ablata: *l. Papinianus* 8. §. *meminisse* 14. *ff. h. t.* nisi querelam pro alio, velut pupillo, movisset ex officii impositi necessitate: §. *pen. Instit. h. t. l. tutorem* 22. *ff. de his quæ ut indignis: l. adversus* 30. §. 1. *ff. h. t.* adde *l. filius* 22. §. *& quærebatur* 1. *& seqq. ff. h. t.* Et licet hodie indignis ablata fisco cedere haud soleant; quia tamen non minus nunc est, quam quondam fuit, odium eorum, qui indignos sese reddiderunt, ut dicetur *tit. de his quæ ut indignis*: vix est, ut hac in parte jus Romanum mutatum, & legatario, si inofficiosi accusatione agens victus sit, persecutio legati concedenda videatur: maxime, si calumniosa accusatio appareat; nam si probabilis admodum litigandi causa esset, non magis huic succumbenti deneganda videretur legati petitio, quam illis, quibus testator in suo testamento per modum pœnæ comminatus est relictorum ademtionem, si judicium ejus aliqua in parte impugnassent, quoties de cætero illi probabilem habuerint disputandi causam. Vide Brunnemannum ad *d. l.* 8. §. 14. *ff. h. t. n.* 52. *& seqq.* Groenewegen *ad l.* 6. *C. ad leg. Corn. de falsis*, & quæ dicam *tit. de ademt. legat.*

20 Variis autem in casibus querela cessat; veluti, si quis alio jure possit ad hæreditatem venire: §. *tam autem* 2. *Inst. h. t.* eo quod odiosum est hoc remedium, atque inde etiam *ultimum adjutorium* dicitur, *l. ult. in med. C. de liberis præteritis*: nisi alterum remedium etiam tendat ad rescissionem testa-

stamenti: *l. Papinianus* 8. §. *si quis & 12. ff. h. t.* vel pinguius sit querelæ remedium: unde & patri emancipatori electio datur, an per bonorum possessionem contra tabulas, an magis per querelam velit ad luctuosam filii pervenire hæreditatem: *l.* 1. §. *ult. ff. si a parente quis manumissus sit*. Lapso quoque quinquennio, non a mortis sed aditæ hæreditatis tempore computando querela cessat: *l. si quis filium* 34. *in fine*. *l. pen.* §. *illud præterea* 2. *C. h. t. l. Papinianus* 8. §. *si conditioni* 10. *ff. h. t.* Cum enim exhæredatio, testamento facta, demum aditione confirmetur, invalida futura, si institutus adire noluerit aut non potuerit: *l. filium* 20. *ff. de bonor. poss. contra tab.* & querela contra hæredem institutum movenda sit; nemo autem ante aditionem re ipsa hæres dici queat, atque adeo neque exhæredatus agere, neque institutus conveniri ante aditionem possit; iniquum fuerit, agere necdum valenti præscriptionem incipere nocere. Unde &, si de valore testamenti quæstio sit, dum illud solemnibus destitutum contenditur; vel Titio instituto, duo Titii singuli ex ea scriptura sibi solidam vindicent hæreditatem; incipiet demum currere quinquennium, ex quo lis illa prior decisa fuerit: *l. contra majores* 16. *C. h. t.* Sed ne instituti consulto necterent adeundi moras, querelæ eludendæ aut protelandæ causa, injunctum iis fuit, ut in eadem quidem constituti provincia intra sex menses, in alia vero intra annale spatium a morte testatoris numerandum, suam de adeunda hæreditate vel repudianda mentem exponant, ad id officio judicis adigendi: *d. l. pen.* §. *illud* 2. *C. h. t.* Nam tamen minoribus currit hoc quinquennii tempus, adeo ut, quia integra ipsis servatur causa sua, restitutio in integrum, seu redintegratio causæ, necessaria non sit: *l. adolescentiæ* 2. *C. in quib. caus. restit. in integr. necess. non est*. Et quin majorennibus ex magna quoque & justa causa, mediante in integrum restitutione, succursi posseit adversus quinquennii lapsum, dubitare non sinit Ulpianus in *d. l. Papinianus* 8. §. *ult. ff. h. t.*

21 Querelæ insuper locus non est de jure Romano, si pater jure patriæ potestatis filio suo impuberi substituens pupillariter extraneum, pupilli matrem silentio præterierit; eo quod non pupillus sed pater tale testamentum fecit, nec tenebatur uxorem suam testamento vocare: *l. Papinianus* 8. §. *sed nec* 5. *ff. h. t.* uti nec, si militis testamentum sit: *l. de inofficioso* 9. *C. h. t.* Fachinæus *controv. libr.* 6. *cap.* 74. aut tantum de castrensi vel quasi castrensi peculio conditum fuerit: *l. testamentum* 24. *l. ult.* §. 1. *C. h. t.* & testator ad mortem usque filiusfamilias remanserit; nam si ante mortem sui juris factus esset, querelæ locus foret, cessante jam peculii castrensis & quasi castrensis natura, nomine, & a rebus cæteris distinctione: *d. l. Papinianus* 8. §. *Papinianus* 3. & 4. *ff. h. t.* Sed vix est, ut hæc nostro jure hodierno admittantur, tum propter cessantem illam peculiarem patriam potestatem, cui imitebatur de jure Romano singularis illa substitutio pupillaris; tum quia in ipsis quoque militum testamentis pietatis officia haud videntur aut negligenda aut remittenda. Groenewegen *ad l.* 9. & *ult. C. h. t.* Paulus Voet *ad* §. *ult. Institut. h. t. n. ult. in pr.* Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 30.

22. Cessat quoque querela, si quis juste exhæredatus sit; veluti si bona mente id factum fuerit absque proposito lædendi; in quantum multi non notæ causa suos exhæredabant filios, nec ut obessent eis, sed magis ut consulerent, (ut puta impuberibus ob metum insidiarum) eisque fideicommissam hæreditatem dabant. Quemadmodum & filios prodigos, aut æris alieni mole gravatos, a sua excludebant hæreditate, institutis nepotibus per eos progenitis, addita causa necessitateque judicii sui, & legata ipsis prodigis aut obæratis ea quantitate, quæ possit alimentis eorum sufficere: *l. pen.* §. *potuit* 2. *ff. de curat. furios. l. multi* 18. *ff. de liberis & posthum. l. si patronus* 12. §. *si quis non* 2. *ff. de bonis libert. l. in fideicommis.* 3. §. *cum Pollidius* 3. *ff. de usuris*. Sande *decis. Frisic. libr.* 4. *tit.* 2. *defin.* 3. Mantica *de conject. ult. vol. lib.* 4. *tit.* 13. *n.* 13. & *seqq.* Carpzovius *defin. for. part.* 3. *constit.* 9. *defin.* 11. Merenda *controv. lib.* 4. *cap.* 25. Chassanæus *ad consuet. Burgund. rubr.* 7. §. 2. verb. *nisi ob aliquas n.* 12. Jul. Clarus §. *testamentum quæst.* 41. *n.* 7. Charondas *resolutions des questions part.* 3. *tit.* 23. *in fine*. Leeuwen *cens. foreus. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 18. 19. Paulus Voet *ad* §. *ult. Instit. h. t. n.* 5. Nec est quod quis hoc casu querelam filio crediderit accommodandam, quasi exhæredatio talis bona mente facta filio non noceret: *d. l. si patronus* 12. §. *si quis non* 2. *ff. de bonis libert.* cum sensus sit, exhæredationem illam filio non obesse, quo minus a patre ad ipsum devolvantur jura patronatus, atque adeo ipse in bona liberti a parente manumissi succedat, ut ex contextu *d. l.* 12. *in pr.* & *l. Paulus* 47. *ff. eod. tit.* apparet. Si tamen causa illa, ob quam exhæredatio bona mente contigerat, cessaverit, veluti, si prodigus ad mores meliores, furiosus ad sanam mentem redierit, aut ære alieno gravatus in partem cum suis sit pactus creditoribus, aliterve satisfecerit, non improbabilem existimem sententiam opinantium, his eo casu non esse deneganda legum beneficia, juxta tritum illud, cessante causa finali cessat effectus, de quo Everhardus *in topicis, loco, a cessatione rationis* 80. August. Barbosa *axiomat. juris usufreq.* 40. *n.* 4. & *seqq.* Tyraquellus *tractat. cessante causa cessat effectus*: cum enim pater in casum cessantis illius causæ non prospexerit suo filio, inficias iri nequit, quin, eo casu existente, inofficiosum sit testamentum & injurium in filium, non ut oportet institutum. Cui consequens est, ut statuamus, superfuturam saltem filio tali actionem ad plenam legitimæ proprietatem consequendam; reliqua hæreditatis parte penes nepotes institutos remanente. Cum enim aliquid hoc casu filio relictum sit, puta alimenta, atque ita videri nequeat in universum præteritus, actioni magis ad supplementum quam querelæ locus dandus. Vide Respons. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 178. Jul. Clarum §. *testamentum quæst.* 41. *n.* 7.

23 Præcipue autem juste exhæredati censendi sunt, quoties ex satis gravi & vera ingratitudinis causa, testamento inserta, & per hæredem probata, ab hæreditate fuerunt exclusi. Si quid horum prætermis-

sum

sum fuerit, dum vel causa inserta non est, sed tantum allegata per hæredem & probata; vel allegata quidem, non satis gravis ac justa; vel denique expressa quidem, quæ satis gravis legislatoribus visa est, sed in cujus probatione defecit hæres, querelæ locus erit; sic ut legata quidem firma maneant, sed institutio secundum ante dicta infirmetur. Erroneum namque est, nullum iis in casibus fore testamentum; quippe quod, uti nulla lege novella cautum est, ita manifeste satis redarguitur in ipsa *novell.* 115. *cap.* 3. *in fine & cap.* 4. *in fine*. Cum enim in princ. d. cap. 3. præscripta esset exhæredandi forma; secundum quam & causa sufficiens adjici, & per hæredem probari jubebatur, concludendo Imp. in fine *cap.* 3. ait, *si autem hæc observata non fuerint, nullum exhæredatis liberis præjudicium generari, sed quantum ad institutionem hæredum pertinet, testamento evacuato, &c. si vero contigerit, in quibusdam talibus testamentis quædam legata, aut tutorum dationes relinqui, vel quælibet alia capitula concessa legibus nominari, ea omnia jubemus adimpleri*: quæ ipsa 4. in fine repetita occurrunt. Et sane, ni ita sentiamus, necesse fuerit, ut ingentem juris veteris partem dicamus abrogatam, cujus tamen abrogationis nulla jure novo mentio est. Sic enim fieret, ut prope totam querelam tolleremus, vix ullo in casu admittendam; ut tacitam omnem reprobaremus exhæredationem præteritione materna comprehensam; ut nullum bonorum possessioni contra tabulas locum relinqueremus, de quibus Vinnius *select. quæstion. lib.* 2. *cap.* 21. Neque hisce adversatur, quod paria sunt in jure, aliquid non fieri, & non rite fieri: *l. quoties* 6. *ff. qui satis. cog.* quodque exhæredatio non recte facta præteritionis loco sit, sic ut filius emancipatus non rite exhæredatus habeat bonorum possessionem contra tabulas, non exhæredatis sed præteritis accommodatam: *l. non putavit.* 8. *§. non quævis* 2. *ff. de bonor. possess. contra tab.* Quamvis enim verum sit, id ita receptum fuisse jure antiquo, secundum quod omnia per querelam subvertebantur testamento disposita, & parum intererat, nullum esset testamentum, an per inofficiosi accusationem infirmaretur: jure tamen novo, quo in pluribus circa inofficiosa testamenta mutatio contigit, hoc quoque innovatum est juxta verba novellæ 115. ante adducta. Præterquam quod, secundum superius exposita, nihil nunc apud nos inter præteritionem paternam maternamque interest, & utraque tacitam continere censetur exhæredationem. Vide Vinnium *select. quæst. libr.* 2. *cap.* 21. *& alios ibid. citatos*. Gudelinum *de jure noviss. lib.* 2. *cap.* 4. *versu, alterum*, seu *n.* 6. *& seqq.* Fachineum *controversiar. lib.* 4. *cap.* 9. Donellum *ad auth. ex causa C. de liberis præteritis n.* 6. Viglium *ad rubric. Inst. de inoffic. testam. n.* 3. 4. Zoesium *ad tit. ff. de liberis & posthum. n.* 10. 11.

24 Justæ vero exhæredationis causæ, ob quas liberi a parentibus exhæredari possunt, recensentur quatuordecim: *novell.* 115. *cap.* 3. Octo tantum, propter quas parentes *novell.* 115. *cap.* 4. Adde Grotium *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 19. 20. 23. Franciscum de Barry *de successionibus lib.* 10. *tit.* 4. 5. pauciores merito, quia multa parentibus in liberos per leges sunt licita, quæ si liberi in parentes committerent, pœnam mererentur. In fratribus tres, puta si ingrati, dum mortem fratri aut criminalem inscriptionem inducere, aut substantiæ inferre jacturam properarunt: *novell.* 22. *cap. & quoniam* 47. si infames sint: arg. *l. in arenam* 11. *C. h. t.* aut servus institutus fuerit hæres necessarius: *l. fratres* 27. *C. h. t.* Adde Barry *d. lib.* 10. *tit.* 6. Quæ tamen omnes causæ, in d. ll. enumeratæ, similes aut graviores alias non excludunt. Cum enim non omnes & singuli casus in legibus comprehendi possint, sine distinctione, cujus generis leges sint: *l. non possunt* 12. *ff. de legibus*: & novas quotidie formas edere natura deproperet; ut loquitur Imp. *in l.* 2. *§. sed quia* 18. *C. de veteri jure enucl.* atque adeo, ubi sententia legis in uno aut altero manifesta est, is, qui jurisdictioni præest, ad similia procedere atque ita jus dicere debeat; *d. l.* 12. *l.* 13. *ff. de legib.* necesse profecto fuerit, ut novellæ, causas exhæredationis continenti, naturam, vim, effectumque legis denegemus, nisi ad similia admittamus productionem. Unde & in gravissimo parricidii crimine, cum lex Pompeja varios recensuisset, in quos parricidium committeretur: in *l.* 1. *ff. ad leg. Pomp. de parricid.* Jurisconsultus Marcianus in *l.* 3. *ff. eod. tit.* scripsit, *sciendum esse, lege Pompeja de consobrino comprehendi; sed non etiam eos pariter complecti, qui pari propiorive gradu sunt; sed & novercæ & sponsæ personæ omissæ sunt; sententia tamen legis continentur*: quasi diceret, licet in lege Pompeja tantum consobrinorum mentio fiat, & non patruelium, aliorumque, qui pari aut propiore gradu sunt, quam illi, qui in ipsa lege sunt enarrati, adeoque hi verbis legis non contineantur, uti nec novercæ sponsæve; tamen sententia legis comprehensi sunt, perinde ac si expressi essent. Et frustra sunt, qui, dum odiosa non esse extendenda obtinuit, hanc exhæredationem justis ex causis factam odiosam arbitrantur; nisi pari ratione pœnas omnes odiosas putent sontibus decernendas, quas certe maleficis imponi magna publicæ utilitatis ratio suadet: *l. si a reo* 70. *§. ult. ff. de fidejussor. & mandatorib.* junct. *l. eum qui nocentem* 18. *ff. de injuriis*: quasque, posita delicti similitudine, etiam locum invenire, indubium est. Confer. Ant. Matthæum *paræmia* 6. *n.* 8. *in med.* Favorabilibus quidem negotiis, benigna interpretatione præter strictam juris rationem juvandis ac conservandis, annumerari non oportere exhæredationem, uti quidem juvatur institutio, Scævola & Paulus ajunt: *l. cum quidam* 19. *ff. de liberis & posthumis*. Sed nulla sequela est, eam ergo odiosam esse eo sensu, ut ad similia non pateretur extensionem. Quin potius iis accensenda, quæ generalis justitiæ fundamentis suffulta nec favorem peculiarem nec odium proprie loquendo singulare merentur. Pœnarum scilicet naturam habet, imo ingratitudinis commissæ pœna est. Unde &, si duo judices in quæstione inofficiosi pro instituto hærede stent, duo pro exhæredato, rata est sententia in hoc dubio, quæ pro instituto est, adversus exhæredatum, atque ita tenet exhæredatio: *l. si pars* 10. *ff. h. t.* quod admittendum haud fuisset, si in odio-

odiosorum classem Romani exhæredationem credidissent referendam. Neque hæc ad causas similes aut graviores extensio vetatur per *d. nov.* 115. *cap.* 3. *in pr.* Quod enim illic Imp. ait, se causas ingratitudinis in diversis legibus dispersas, & non aperte declaratas *nominatim præsenti lege comprehendisse, ut præter illas nulli liceat ex alia lege causas ingratitudinis opponere, nisi quæ in hujus constitutionis serie continentur*; id non alio sensu dictum, quam, quod noluerit causas legibus anterioribus expressas, & non satis dignas ad ingratitudinem visas, allegari ex illis *aliis legibus* anterioribus, sed tantum eas, quæ inde in hanc constitutionem translatæ erant, aut cum anterioribus legibus fuissent prætermissæ, nunc in hac lege exprimebantur; non ad exclusionem similium aut graviorum, sed leviorum ac minus dignarum; gravioribus scilicet aut similibus causis mente legis, quæ verbis potior, comprehensis; dum scire leges non est verba tenere, sed vim ac potestatem, ac ea lege contineri creduntur, quæ ex ejus ratione ac sententia descendunt: *l. scire* 17. *l. contra legem* 29. *l.* 30. *ff. de legibus*. Et quis, obsecro, justum censuerit, exhæredari filium, qui novercæ aut concubinæ patris sese miscuerit: *nov.* 115. *cap.* 3. §. *si novercæ* 6. si dignus exhæredatione non habeatur, qui vivo patre matrem propriam nefaria violaverit conjunctione; cum tamen altum sit ejus in causarum enarratione silentium? Aut quis non absurdum arbitretur, excludi ab hæreditate velut indignum, qui captum ab hostibus parentem non redemerit, aut carceri inclusum in suam non receperit fidejussionem: *nov.* 115. *cap.* 3. §. *si quemlibet*. 8. & §. *si unum* 13. si exhæredari a patre nequeat, qui patrem ipse aut publicis curavit mancipari carceribus, aut privato carcere scelerate detinuit: quod tamen causarum serie non comprehensum? Quis denique cum ratione probaverit, filium patremve patriæ proditorem ac ad patriam delendam venientem occidi impune & cum præmio posse a patre vel filio: *l. minime* 35. *ff. de religiosis*: exhæredari non posse, quia id novella 115. expressum non est? Aliam sane Justiniano fuisse mentem, ipse satis indigitat, dum in *d. nov.* 115. *cap.* 3. §. *vel vitæ* 5. modos omnes insidiarum vitæ struendarum assequi aut enumerare non valens, ait; si vitæ parentum suorum *per venenum*, *aut alio modo* insidiari tentaverit. Quæ enim, obsecro, manifestior esse potest ad similia extensio, quam quæ ista oratione indefinita *aut alio modo*, est comprehensa: Gomezius *variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 11. *n.* 12. 13. Fachineus *controvers. lib.* 6. *cap.* 78. Menochius *de arbitr. jud. lib.* 2. *cent.* 3. *casu* 267. *n.* 6. Besoldus *delibat. juris ad Pand. lib.* 5. *quæst.* 26. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *c.* 18. *n.* 20. Gudelinus *de jure noviss. lib.* 2. *cap.* 8. *in med. vers. notandum*, seu *n.* 5. Jul. Clarus §. *testamentum quæst.* 41. *n.* 2. Et hæc ita, si modo causæ similes aut graviores sint, quibus parentes læduntur: neque enim sufficit ad exhæredationem, quod grave crimen in extraneum commissum sit, dum incestus, dum homicidium, aut aliud simile crimen nefarium fuit perpetratum; cum talibus non exhæredatio, sed aliæ pœnæ legitimæ propositæ inveniantur. Struvius *ad Pand. exercit.* 32. *num.* 35.

25 Inter causas justas numeratur & hæresis *d. nov.* 115. *cap.* 3. §. *si quis de* 14. Sed cum religio flecti magis ac duci persuasionibus, quam pœnarum atrocitate cogi debeat, & nulla odia graviora sint, quam ex diversitate opinionum de sacris nata; prudenter superiori & hoc seculo cautum, non esse odia hæc ad rei familiaris dispendium producenda, adeoque dissensum religionis justam non esse exhæredandi causam, & nullas esse ex eo capite exclusiones a successione: *Pacificat. Gandensis* 8. *Novemb.* 1576. *art.* 22. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 24. *n.* 21. 22. Quod & in Germania receptum; probatis illic simul tribus publicis religionibus. Besoldus *delibat. juris ad Pand. lib.* 5. *quæst.* 27. Carpzovius *definit. forens. part.* 3. *constit.* 14. *defin.* 10. Rittershusius *ad novell. part.* 6. *cap.* 3. n. 14. 15. Quin imo constitutum tum ab Hollandiæ, tum a Belgii fœderati Ordinibus, ne parentes Pontificii liberis reformatæ religionis minus relinquant sive institutione, sive legato, sive donatione, quam ei ex liberis Pontificiis, cui maximam dederunt portionem; &, si minus datum, id suppleatur ex bonis parentum inter cohæredes necdum divisis: *placit. Ord. Holland.* 4. *Maji* 1655. *vol.* 1. *pag.* 1592. *Placito Ordin. Generalium* 14. *Octob.* 1655. *vol.* 2. *pag.* 2419. Adde *l. hæretici* 13. *C. de hæreticis*: & Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 4. n. 24. ubi de filiis Judæis & Atheis agit.

26 Causis quoque justis annumeratum, si parenti volenti suæ filiæ vel nepti maritum dare, ac dotem præstare congruam, illa non consenserit, sed luxuriosam degere vitam elegerit, aut nuptias sine parentum consensu contraxerit: non vero, si, cum usque ad vigesimum quintum ætatis annum neglexissent parentes eam viro copulare, ex eo tempore illa vel sine parentum consensu nuptias contraxisset, vel in proprium corpus peccasset: *novell.* 115. *cap.* 3. §. *si alicui* 11. Circa quam tamen causam nunc penes nos id magis observatur, ut, si annis viginti minor, aut generaliter filius & filia ejus ætatis sint, ut necdum sine parentum consensu nuptias recte contrahant, jure exhæredes fiant, si sine parentum consensu nuptias de facto contraxerint. Hugo Grotius *lib.* 2. *manuduct. ad jurisprud. Holl. cap.* 18. *n.* 21. Zypæus *not. jur. Belg. lib.* 5. *pr. tit. de sponsalibus* vers. *possunt hujusmodi*. Groenewegen *ad l. si filiam* 19. *C. h. t.* Brouwer *de jure connubiorum lib.* 2. *cap.* 24. *n.* 56. Quid penes alios hac in quæstione obtineat, tradunt, conferendi porro, Franciscus de Barry *de successionibus lib.* 10. *tit.* 4. *n.* 12. 13. Christinæus *vol.* 1. *decis.* 325. Mævius *ad jus Lubecens. lib.* 1. *tit.* 4. *art.* 2. *n.* 18. Barbosa *ad l.* 1. *ff. soluto matrimon. part.* 4. *n.* 34. *& seqq.* Gudelinus *de jure noviss. lib.* 2. *cap.* 8. vers. *quæstio est*, seu *n.* 6. Fachineus *controvers. libr.* 3. *cap.* 44. Struvius *ad Pand. exercit.* 32. *n.* 34. Majorennes plane liberi, & generaliter omnes illi, quibus sine parentum consensu leges aut mores permiserunt nuptias contrahere (*vide tit. de ritu nupt.*) non censentur justam præbere parentibus exhæredandi causam, si sine eorum consensu nuptias contraxerint, quo-

quoties parentes nullam habent justam dissentiendi causam. Neque enim æquum, ut lex permitteret, coerceri liberos ob ea, quæ lege permittente fuerant gesta; nec, quod legitime factum est, pœnam mereatur: arg. *l. Gracchus* 4. *C. ad leg. Jul. de adulter. l. ult. ff. quod quisque juris in alterum statuerit: l. furti* 6. §. *pactusve* 5. *in fine ff. de his qui not. infam. l.* 1. §. *ult. l.* 2. *ff. ne quis eum qui in jus voc. vi eximat.* Groenewegen *ad d. l.* 19. *C. h. t. n. ult.* Abrah. a Wesel *ad novell. constit. Ultrajectin. art.* 14. *n.* 81. *& seqq.* Zypæus *notit. juris Belgici lib.* 5. *in pr. tit. de sponsalibus, vers. non comprehenduntur.* Si tamen post eam ætatem, parentibus invitis, se adeo turpi & ignominiosæ personæ junxerint matrimonii vinculo, ut dedecori sit tam ipsis, quam parentibus, talem familiæ sociari; jure suo uti quin possint parentes, ac in talem vibrare fulmen exhæredationis, haud putem dubitandum: *l. non tantum* 3. §. *si emancipatus* 5. *ff. de bonor. poss. contr. tab. nov.* 115. *cap.* 3. §. *si alicui ex* 11. verbis, *marito se, libero tamen conjungere.* Gudelinus *de jure noviss. lib.* 2. *cap.* 8. *in fine.* Barry *de succession. lib.* 10. *tit.* 4. *n.* 11. Ant. Faber *Cod. lib.* 5. *tit.* 2. *defin.* 2. Andr. Gayl. *lib.* 2. *obs.* 95. *n.* 17. *& seqq.* Multoque magis id obtinebit, si puella, aut, quod pejus, si nupta, ætatis cujuscunque luxuriosam ac turpem vitam agat, in proprium corpus peccando: abrogata hactenus dispositione *d. nov.* 115. *cap.* 3. §. 11. & reducto jure Codicis, generaliter ob turpem filiæ vitam parentibus indulgente exhæredandi potestatem: sublata scilicet ratione distinctionis inter minorennes majorennesque filias, propter mutatum filiarum elocandarum ac procandi morem; Groenewegen *ad d. l.* 19. *C. h. t. n.* 3. *&* 4. Fr. de Barry *de succession. libr.* 10. *tit.* 4. *n.* 11. Brouwer *de jure connub. lib.* 2. *cap.* 24. *n.* 54. Neque hic ea tantum in proprium corpus peccasse aut turpiter vivere credenda est, quæ publice in lupanari prostituta eam artem profitetur; ut inepte censet Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 22. sed omnis ea, quæ vel ab uno, sive pretio corrupta, sive prece atque blanditiis turpiter exorata, corrumpi se passa est: si modo manifestæ pollutæ castitatis probationes ex partus editione, uteri gestatione, similibusque, in promptu sint. Per quæ luctum acerbissimum honestis parentibus, familiæ dedecus, ipsis denique peccantibus æternum opprobrium conciliari constat.

27 Quibus autem in casibus ipsos liberos, invitis parentibus ineuntes matrimonium, exhæredari posse obtinuit; ad nepotes tamen ex tali matrimonio (supposito, quod nullum non fuerit) legitime natos licentia exhæredandi haud videtur extendenda, quoties, parente intermedio defuncto, avo superstite, proximum inceperint in jure successionis locum obtinere: cum potius generaliter definiendum sit, ob nullam omnino ingratitudinis causam, a parente intermedio prædefuncto commissam, nepotes exhæredari posse. Iniquum enim judicatum fuit alieno odio alium prægravari, & exhæredationis pœnam subire ex alieno facto eum, qui testatorem nunquam offendit: *l. si quis suo* 33. *in fine C. h. t.* fas quidem esse, ex suo admisso sorti ac pœnæ quemque subjici; injustum vero, filium vel extraneum paterni aut alieni criminis constitui successorem: *l. crimen* 26. *ff. de pœnis*: neque minus judicem considerare oportere nepotum ipsorum benemerita, quam filii intermedii crimina, morte ejusdem exstincta: *l. non tantum* 3. §. *si emancipatus* 5. *in fine ff. de bonor. possess. contra tabulas.* Qua etiam de causa rescriptum, nepoti non obfuturum, quo minus ad liberti aviti hæreditatem veniat, quod pater intermedius eundem libertum capitis accusans sese videretur reddidisse indignum successione: *l. divi fratres* 17. *pr. &* §. 1. *ff. de jure patronatus.* Johan. Papon *lib.* 20. *tit.* 1. *arrest.* 6. *& ibi notata.* Ann. Robertus *rer. judicatar. lib.* 2. *cap.* 9. Brunnemannus *ad d. l.* 3. §. 5. *ff. de bonor. possess. contra tabulas.* Charondas *lib.* 7. *respons. cap.* 105. Neque assentiendum Cujacio, qui *lib.* 3. *observat.* 5. in contrariam censuit eundum sententiam, ac jure nepotes ex nuptiis supradictis conceptos exhæredari, motus verbis Ulpiani *in d. l. non tantum* 3. §. *si emancipatus* 5. *ff. de bonor. possess. contra tab.* Cum enim id adeo manifestis refragetur juris rationibus in contrarium jam adductis, ac luculentius per Annæum Robertum *d. loco* firmatis, quin & ipsis Ulpiani fundamentis, in *d. l. Divi fratres* 17. *de jure patronatus*, traditis; est prope, ut mihi persuadeam, non sine mendo esse vulgatam *d. l.* 3. §. 5. lectionem, & addendam ei particulam *nec*, adeoque scripsisse Ulpianum; *nam etsi tam ignominiosam duxerit uxorem filius, ut dedecori sit tam ipsi quam patri, mulierem talem habere, dicemus, & ex ea natum ad bonorum possessionem avi admitti: cum nec posset avus jure suo uti eumque exhæredare: nec enim minus in hoc nepote is, qui de inofficioso cogniturus est, merita nepotis, quam patris ejus delicta perpendet.* Etenim totus in eo JCtus est, ut definiat, nepotem, ex matrimonio filii emancipati sine consensu patris contracto natum, admitti debere ad possessionem bonorum avi; illudque etiam ad eum producit casum, quo filius ignominiosam duxit invito patre uxorem: contendens, ex tali quoque conjunctione natum ab avita bonorum possessione non debere repelli; addita ratione, quod nec avus jure suo uti possit, quod alioquin ascendentibus datum est de liberis suis ex justa causa exhæredandis; cum nulla hic causa talis inveniatur: licet enim deliquerit filius intermedius, ac sese præbuerit exhæredatione dignum; tamen ob id justam non esse nepotis exhæredationem, sed hunc mediante inofficiosi querela impetraturum aviti testamenti tanquam inofficiosi rescissionem: judicem enim, qui de inofficioso cogniturus est, non minus in nepote merita nepotis, quam patris ejus delicta perpensurum; atque adeo necessitate juris contra testamentum judicaturum; eo quod sua quidem cuique merita prodesse debent, nulli vero delicta aliena nocere. Eoque facit *l. emancipatum* 7. §. *ult. ff. de senatoribus*: uti & *l. si ex patronis* 10. §. 1. *l.* 11. *ff. de bonis libertorum.* Quæ omnia pro d. legis emendatione facientia, si cui displiceant, responderi secundo potest, jure quidem veteri inter causas exhæredandi numeratam & eam fuisse, si nepos ex ea nu-

nuru natus esset, quæ & marito & socero dedecori erat: sed novellarum jure abrogatum fuisse illud Ulpiani responsum, dum inter justas exhæredationis causas in *nov.* 115. *cap.* 3. hæc recensita non fuit, adeoque visa non digna ad exhæredationem. Fachineus *controv. lib.* 3. *cap.* 44. D. Joh. a Somereu *de repræsentatione cap.* 1. *sect.* 1. *n.* 4.

28 Ad hæc inter exhæredandi causas occurrit, si filius parentibus *gravem & inhonestam injuriam intulerit: novell.* 115. *cap.* 3. §. 2. quod de verbalibus potissimum injuriis, maledictis, atque conviciis atrocioribus, intelligendum existimo; tum, quia generaliter indignus hæreditate judicatur, quisque palam & aperte testatori maledixerit, & infaustas voces adversus eum jactaverit: *l. si inimicitiæ* 9. §. 1. *ff. de his, quæ ut indignis:* tum, quia reales, veluti manuum violentarum illationes, ac vitæ insidiæ, in aliis *d. cap.* 3. partibus inveniuntur enarratæ, §. 1. & 5. tum denique, quia & alibi impiarum manuum illationem ac contumeliarum ingestionem in parentes, in eo videmus exæquatam, quod præfectus urbi utramque tanquam delictum ad publicam pertinens pietatem jubeatur vindicare: *l.* 1. §. *si filius* 2. *ff. de obsequiis parent. & patrono præstandis.* Jul. Clarus *recept. sent.* §. *testamentum qu.* 41. *n.* 5. Francisc. de Barry *de successionib. lib.* 10. *tit.* 4. *n.* 2. Grassus *recept. sent.* §. *testamentum qu.* 42. *n.* 8.

29 Quod si plures testator exhæredationis causas expresserit, & in quarumdam probatione defecerit institutus, ac vel unius tantum veritatem monstraverit, ratum mansurum est testamentum: cum singulæ per se sine aliarum adminiculo perfectæ & sufficientes sint ad faciendam ab hæreditate exclusionem: *novell.* 115. *cap.* 3. *in fin.* Sic enim, & tutor, plures habens excusationis causas, si quasdam non probaverit, probata alia, a tutela dimittendus est: §. *qui autem:* 16. *Institut. de excus. tutor.* Mich. Grassus *recept. sent.* §. *testamentum qu.* 41. *n.* 6. Rittershusius *ad novell. part.* 6. *cap.* 5. *n.* 24. 25.

30 An vero sola ingrati pœnitentia, vivo testatore contingens, faciat cessare exhæredationem, sic ut & quæ jam intercessit vires perdat, & quæ needum facta, fieri in posterum jure non possit, dubitatum est. Sunt qui pœnitentia omne aboleri ingratitudinis crimen, exhæredationem impediri, aut factam vivo testatore infirmari, arbitrantur. Sunt, quibus placet, distinguendum esse, utrum causa ingratitudinis talis sit, quæ testatoris offensam primario respicit, velut, atrox injuria, impiæ manus, vitæ insidiæ; an vero ad ipsius ingrati infamiam ac turpitudinem spectet principaliter, dum mimis sese sociavit, aut luxuriosam puella vitam eligendo in suum corpus peccavit. Priore casu sola pœnitentia ingratitudinem haud aboleri; posteriori evanescere vitæ morumque emendatione. Fachineus *controv. lib.* 6. *cap.* 80. Barry *de successionibus lib.* 10. *tit.* 4. *n.* 25. Grassus *recept. sent.* §. *testamentum qu.* 42. *n.* 9. 10. Sed vix est, ut aut priorem aut hanc distinguentium sententiam admiseris; &, si certiorem libet rationem sequi, vero propius erit, nullae omnino causas ingratitudinis, adeoque nec ipsum exhæredandi jus, sola ingrati pœnitentia tolli; tum quia omnes una serie recensentur promiscue & sibi invicem permixtæ, tam quæ ad testatoris offensam, quam quæ ad ingrati infamiam primario pertinent; tum quia nonnullæ æque testatoris læsionem atque exhæredati fœditatem continent, dum sese filius novercæ miscuit aut patris concubinæ; tum denique, quia illata injuria pœnitentia sola non aboletur, neque pœna evitatur, neque quisquam in gravioribus pœnitendo nocens esse desinit: arg. *l. pen. ff. de vi bonor. rapt. l. qui ea est mente* 65. *ff. de furtis: l.* 1. §. *si rem* 25. *ff. depositi: l. quis sit fugitivus* 17. §. *Cœlius* 1. *ff. de ædilit. edict.* Nihil in contrarium faciente eo, quod leges subinde ex pœnitentia remissionem pœnæ concedant: *l. item* 14. §. *si quis* 1. *ff. quod metus causa: l. quamvis* 11. *ff. de in jus vocand. l. hoc edicto* 5. *ff. de publican. & vectigal.* cum in d. ll. sint tantum casus singulares, excepti ab illa regula, qua nemo ex pœnitentia dicebatur desinere nocens esse, præsertim in gravioribus, uti notat Gothofredus *ad d. l.* 65. *ff. de furtis*: & in jus vocatio parentis sine venia, non tam atrox visa fuerit injuria esse, ut inter causas exhæredationis numeraretur. Sed nec patrocinium adversæ sententiæ præbet, quod mulieres scenicæ, si derelicta mala & inhonesta conversatione, commodiorem vitam amplexæ fuerint, honestatique sese dederint, nulla amplius macula deinde laborent, neque distent ab illis, quæ nunquam infamiæ nota fuerint aspersæ: *l. Imperialis* 23. §. *itaque* 1. *C. de nuptiis.* Non enim ex ea lege per vitam emendatiorem ipso jure evitabant infamiam; sed magis id unum iis ex inhonestæ vitæ professione deposita fuit quæsitum, ut imperiali rescripto impetrare possent natalium famæque restitutionem: *d. l.* Atque adeo fatendum, in id hortandos esse post reditum ad meliorem mentem vitamque parentes, ut pietate in liberos resipiscentes, non juris rigore & acerbitate utantur, desinantque ad animum revocare sive injurias sive dedecora sibi familiæque per morum filialium turpitudinem procurata, ac memores sint illius, quod apud Senecam est *lib.* 1. *de clementia cap.* 14. *patrem, nisi magnæ & multæ injuriæ patientiam evicerint, nisi plus sit quod timet, quam quod damnat, non accedere ad decretorium stilum.* Cui tamen, si se inexorabilem severumque præstare cupiat, non deneganda foret juris sui exercendi & dedecoris per exhæredationem vindicandi potestas. Neque intererit, utrum ante pœnitentiam exhæredatio jam facta sit, an post eam sequatur; cum ab incerto casu conditi vel non conditi testamenti pendere non debeat ingratitudinis coercendæ facultas, ac condita quocunque tempore suprema voluntas, simulque exhæredatio, morte demum testatoris firmitatem acquirat. Perezius *ad tit. C. de liberis præteritis n. ult.* Ant. Matthæus *de successION. disput.* 5. *th.* 17. adde Manticam *de conject. ult. volunt. lib.* 4. *tit. ult. num. ult.*

31 Aliud dicendum, si ultra simplices pœnitentiæ fines expressa, vel ex evidentibus indiciis præsumta, intercesserit conciliatio: tunc enim cessare debere hæreditatis adimendæ voluntatem, cessante ac exstincta jam ademtionis causa, vel inde collegeris, quod legatum, per intervenientes inimicitias capitales vitiatum, reconciliatione postmodum subsecuta redintegretur: *l. quod si iterum* 4. *ff. de adim. vel tran-*

transferend. legatis: & extincta censeatur injuriarum actio, quoties injuriam passus in gratiam cum eo, qui fecerat, redierit: *§. ult. Instit. de injuriis*, *l. non solum* 11. *§. injuriarum* 1. *ff. de injuriis*: nec denique severior domini contra servos dispositio, testamento comprehensa, effectum sortiri debeat, si dominus offensam istam clementia flexerit; licet expressa non fuerit interposita mutatio voluntatis: *l. in ipsius* 5. *C. famil. ercisc.* Quibus non obest, quod non obstante adrogationis interventu exhæredationis factæ effectus perduret: *l. filio*, *quem* 25. *ff. de liberis & posthumis*. Non enim ex adrogatione protinus recte collegeris offensæ prioris remissionem; cum ea aliis de causis, veluti conditionis implendæ gratia, interponi possit. Minus obest, sic futurum esse, ut causa testati redigatur ad causam intestati, ac testator sic videatur elegisse viam ad impugnandum suum testamentum; quo fundamento motus in contrarium Menochius *de præsumption. lib.* 4. *casu* 30. *n.* 5. *& seqq.* Non enim absurdum est, causam testati ad causam intestati reduci, quoties apparet, inofficiosam esse dispositionem: uti in casu nostro in pietatem incurrere incipit, ex quo desiit per reconciliationem subesse justa exhæredandi causa. Et hanc sententiam amplexi Fachineus *controvers. lib.* 6. *cap.* 79. Rittershusius *ad novellas part.* 6. *cap.* 3. *n.* 19. Grassus *recept. sent. §. testamentum quæst.* 42. *n.* 11. Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 4. *tit. ult. n. ult.* Barbosa *ad l.* 1. *part.* 4. *n.* 47. *ff. solute matrim.* Zoesius *ad tit. ff. de liber. & posth. n.* 19. Ant. Matthæus *de successionib. disp.* 5. *th.* 17. neque hic inter expressam & tacitam conciliationem videtur distinguendum, uti quidem post alios censet Francisc. de Barry *de successionibus l. lib.* 19. *tit.* 4. *n.* 26. eo quod plerumque in jure nostro expressi & taciti eadem vis est, nisi aliud nominatim inveniatur dispositum; uti pluribus confirmat axioma illud August. Barbosa *axiomat. juris usufreq.* 218. verbo, *tacitum*: in nostra præsertim quæstione, in qua circa tollendam exhæredationem versamur, quæ nulla debuit interpretatione juvari: *l. cum quidam* 19. *ff. de liberis & posthum.*

52 Cessat amplius querela, si quis, cum jure potuisset eandem movere, ei renunciaverit post mortem testatoris; idque vel expresse vel tacite. Expresse, dum adscribit testamento, consentire se in exhæredationem a defuncto factam; vel de querela transigit aut paciscitur: *l. pen. §. ult. ff. h. t. si quis filium* 34. *in fine*: *l. si quando* 35. *§. & generaliter* 2. *C. h. t.* vel repudiantis animo non venit ad inofficiosi accusationem, cœptamve derelinquit, quia damnosam credit hæreditatem, vel benigne vult tolerare judicium defuncti, satius ducens testamentum inofficiosum patientia honorare, quam judicio convellere: *l. nam etsi* 15. *§. hæredi* 1. *l. qui, repudiantis* 17. *l. si ponas* 23. *ff. h. t.* Tacite, sibi suisque per inofficiosam dispositionem relicta acceptando: *l. si pars judicantium* 10. *§. illud* 1. *ff. h. t. l. post legatum* 5. *ff. de his quæ ut indignis*: aut a legatariis conditionis implendæ causa capiendo, quod illis sub conditione, *si decem dederint exhæredato*, legatum fuit: *l. Papinianus* 8. *§. si conditioni* 10. *ff. h. t.* vel etiam patrocinium suum, aut procurationem accommodando illis, qui relicta sibi in tali testamento legata petunt: *l. ult. ff. h. t.* Quod enim in *d. l. si pars judicantium* 10. *§. illud* 1. *ff. h. t.* excipitur, *nisi id totum alii administravit*, ad eos non pertinet, qui, nulla necessitate pressi, operam aliis petentibus præstiterunt; sed tantum ad tales, qui ex tutelæ, aut alterius similis officii necessario suscepti administratione pro aliis fecerunt legati persecutionem: *§. si tutor* 4. *Instit. h. t.* Si tamen legatum sibi petens nihil obtinuerit, dum forte illud codicillis post conditis invenitur ademtum, salva querela est: *l. nihil interest* 12. *§. si cum* 2. *ff. h. t.* Idemque est, si legati utilitatem non ex suo facto, & agnitione voluntatis, sed alterius personæ quasi beneficio adeptus sit: qua ratione, si is, qui exhæredatus est, una cum Titio extraneo fuerit defuncto debendi reus, &, cum defunctus liberationem his legasset, Titius facta per hæredem acceptilatione liberatus sit, eaque ratione exhæredatus quoque senserit liberationis utilitatem, (*juxta l. si rem aliquam* 31. *ff. de novat.*) non tamen ideo ab inofficiosi accusatione repellendus foret: *d. l. nihil* 12. *§. ult. ff. h. t.* ibique Gothofredus *in notis*. Uti nec ei nociturum est, quod legatario sui patris exhæredantis hæres exstiterit: arg. *l. post* 5. *§. similis* 8. *ff. de his quæ ut indignis*: licet eo casu tutius faciat, si abstineat a petitione legati, quod necdum fuerat legatario defuncto solutum: *l. ult. §. ult. ff. h. t.* Etenim, si id legatario jam solutum ponas, non potuit videri exhæredatus comprobasse legatum inofficioso testamento datum; cum illud non nominatim petierit, sed in hæreditate repertum, una cum cæteris rebus hæreditariis jure hæredis occupaverit, parum sollicitus, quonam id jure fuerit defuncto quæsitum. At ex adverso id, legatario defuncto necdum præstitum, petere volens, non alia ex causa quam ex testamento, in quo ipse exhæredatus est, persequi deberet; ac proinde non posset non videri probasse judicium, cui pro legato obtinendo firmitatem attribuit. Atque hinc etiam est, quod & inofficiosum videar agnovisse testamentum, si mihi exhæredato Titius eandem illam rem, quam ipse jure legati ex inofficioso testamento acceperat, sed cujus possessionem necdum fuerat adeptus, legaverit, & ego illam ex ea causa agnoscam ac petam. Quo de casu accipio legem *penult. §. diversum* 3. *ff. h. t.* non enim legatum solus ille *accepisse* dicitur, qui jam possessionem ejus est consecutus, sed & is, cui legatum testamento relictum est, ac etiamnum restat præstandum; uti ex adverso etiam testatores *dare* dicuntur legata, dum ea relinquunt, etsi post obitum demum solvenda. Sed cum jure novo legata suam retineant firmitatem, non obstante rescissione per inofficiosi accusationem obtenta, verius est, cessare nunc scrupulosas illas circa exclusam ex agnitione legati querelam disputationes; nec amplius exhæredatum ex legati agnitione aut petitione perdere querelæ movendæ jus, sive ipsi exhæredato legatum datum sit, sive alii, cui exhæredatus hæres est; dum & legati & querelæ effectus simul in eadem nunc potest persona consistere; legatis etiam ab intestato præstandis: cum e contrario olim legata tantum peti possent ex testamento, eoque valido; validum

dum autem non erat, nisi subsistente institutione; ac proinde, quisquis legatum petebat tanquam debitum, is & testamenti valorem & hæredis institutionem agnoscebat, nec separare poterat legatorum causam ab institutionis validitate, quippe a qua dependebat omnis legatorum vis. Donellus *comment. jur. civilis lib.* 19. *cap.* 6. *ante med.* Quem tamen in eo falli putem, quod ait, exhæredatum legato honoratum jure novo querelam non habere, sive illud agnoscat, sive repudiet; quasi tunc, cum aliquid relictum est, sola superesset actio ad supplementum; parum memor, exclusam non esse jure novo querelam, nisi institutionis titulo quid datum sit: *nov.* 115. *cap.* 3. *pr. & fine.*

53 Et hæc quidem de legati exhæredato relicti agnitione, tum ex veteri, tum ex novo jure. Sed si exhæredatus ipsam agnoverit probaveritque hæredis institutionem, non minus recentiore quam vetusto jure querela caret; quippe non valens amplius improbare id ipsum, quod semel verbis, aut rebus ipsis & factis, probavit: *l. Pomponius* 9. *in med. ff. de negot. gestis.* Agnovisse vero censetur hæredem institutum, non tantum, si ab eo acceptaverit ea, quæ conditionis implendæ gratia oblata sunt, dum forte is scriptus erat sub conditione, si exhæredato dedisset decem: *l. Papinianus* 8. §. *si conditioni* 10. *ff. h. t.* sed &, si hæreditatem, aut res singulas hæreditarias, emerit ab instituto, sciens eum institutum esse; vel prædia hæreditaria ab eo, qua hærede, conduxerit; vel ei solverit, quod debebat testatori, aut aliud quid simile doceatur fecisse: *l. si ponas* 23. §. *si hæreditatem* 1. *ff. h. t.* Neque tali in casu ulla ad supplementum actio videtur accommodanda; utpote quæ illis tantum datur, qui aliqua ratione sunt honorati in testamento tanquam hæredes, sed minus perceperunt quam legitimam; non item illis, quibus nihil penitus pro legitima assignatum.

54 Illud dubium, an & exhæredatus sibi nociturus sit, sic ut a querela repellendus foret, si ab eo, qui in testamento inofficioso institutus erat, ipse institutus sit, & ita instituti latius adierit hæreditatem? Non nocere, Paulus respondit in *l. pen.* §. *si hæres* 2. *ff. h. t.* si modo terminos habiles concipiamus, quibus exhæredatus inveniat, contra quem experiatur; dum vel ipse ab instituto pro parte tantum vocatus est, vel testator exhæredans tantum pro parte hæredem scripsit eum, cui exhæredatus hæres est: sic enim offendet exhæredatus vel cohæredes, vel cohæredes defuncti per exhæredantem simul institutos, adversus quos agat: nam si ipse instituto, & institutus defuncto exhæredanti ex asse hæres esset, non nisi contra se ipsum posset querelam movere, adeoque in vanum; jure saltem novo, quo firma manent legata. Atque ita accipio Paulum in *d. l. pen.* §. *si hæres* 2. *ff. h. t.* qui, dum ait, non nociturum exhæredato, quod hæres exstiterit ei, qui ab exhæredante erat institutus; maxime, *si eam portionem non possideat; aut jure suo possideat;* il mihi videtur velle, pro ea parte querelam non fore impeditam, pro qua exhæredatus non possidet seu non habet exhæredantis hæreditatem, vel habet quidem seu possidet, sed non ut hæres, verum *pro suo* adeoque alio quam hæreditario jure.

55 Diximus de renunciatione expressa vel tacita querelæ post mortem exhæredantis facta. Quod si ea vivo testatore contigerit, dum exhæredatus vel aliquo vel nullo accepto in exhæredationem consensit & subscripsit exhæredantis voluntati, nullum sibi præjudicium censetur intulisse, quo minus ad inofficiosi accusationem admitteretur, vel pro varia factorum specie (de qua post) ad actionem ad supplementum: *l. si quando* 55. §. *illud* 1. 2. *C. h. t.* & argumento a contrario sensu ex *l. pen.* §. *ult. ff. h. t.* Idemque est, si dotalibus tabulis id comprehensum fuisset, filium filiamve accepta dote aut ante nuptias donatione nullam post parentis obitum controversiam de ejus hæreditate moturos: *l. pactum* 3. *C. de collationib. l. ult. ff. de suis & legit. hæred.* Nam licet in hæreditatis futuræ renunciatione nulla manifesta includatur turpitudo, aut captandæ mortis votum; reprobata tamen fuit per jus Romanum; tum, quia uti privatorum pactis hæreditas deferri non poterat, sed lege vel testamento, ita quoque pactis ac renunciationibus eandem adimi, non videbatur admittendum, *d. l. ult.* tum quia placuit *meritis*, id est, beneficiis & spe hæreditatis, *magis filios ad obsequia paterna provocandos esse, quam pactionibus*, spem scilicet illam amputantibus, *adstringendos;* ex quibus haud immerito metuendum esset, fore; ut minus promptos sese præstarent ad obsequiorum & pietatis officia parentibus exhibenda: *d. l. si quando* 35. §. *illud* 1. *C. h. t.* Quibus accedit, quod ex metu magis reverentiali, quam spontanea voluntate, renunciationes hasce liberorum circa speratam parentum successionem profluxisse jure liceat suspicari.

56 Quamvis vero multis placuerit atque etiam in Frisia judicatum sit, exhæredatos suo consensu in exhæredationem, in ipsis testamenti tabulis vel ante vel post eas conditis expresso, sibi nocere, & a querela atque ad supplementum actione repelli; tum quia id efficaciter post testatoris obitum fieri potest, ut ante dictum; tum ea potissimum ratione, quod in parentum liberorumque favorem id legibus inductum sit, ne præteritionis aut exhæredationis injuria afficiantur; juri vero pro se introducto valide unusquisque renunciet; tum denique propter *l. non putavit* 8. §. *si quis sua* 6. *ff. de bonor. possess. contra tab.* Jul. Clarus §. *testamentum qu.* 45. *n.* 5. Gomezius *var. resolut. tom.* 1. *cap.* 11. *n.* 24. Grassus *recept. sent.* §. *testamentum qu.* 48. *n.* 4. & *seqq.* Boerius *decis.* 14. *n.* 9. & *decis.* 96. *n.* 2. & alii relati apud Sande *decis. Frisicar. lib.* 4. *tit.* 2. *defin.* 4. Hanc tamen sententiam quo minus probandam existimem, facit, quod universum jus circa successionum speratarum ac necdum delatarum renunciationes contra legum Romanarum dictata inductum, suam juri canonico originem debeat: non alia vero juris civilis dispositio inveniatur ibidem mutata, quam quæ de facto pacto dotali renunciationibus comprehensa fuerat in *d. l. pactum* 3. *C. de collationibus:* ita scilicet rescribente Pontifice; *Quamvis pactum patri factum a filia, dum nuptui tradebatur, ut dote contenta nullum ad bona paterna regressum haberet, improbet lex civilis: si tamen juramento non vi nec* do-

dolo præstito firmatum fuerit ab eadem, omnino servari debebit; cum non vergat in æternæ salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum, cap. quamvis 2. *de pactis in* 6. Et quamvis illic in jurisjurandi religiose servandi sanctitate poni videatur mutati juris ratio; tamen neque solam eam, neque præcipuam esse mihi persuadeo; an si forte hac motum Pontificem rescripsisse largiamur, non tamen ea potissimum ex causa capituli istius usum usque adeo apud plerasque gentes comprobatum fuisse, vel inde manifestum est, quod quibusdam in locis non minus injuratis quam juratis hisce renunciationibus, instrumento dotali factis, adstringendi vinculum inveniatur tributum; uti de Hollandiæ moribus testis est Groenewegen *ad d. l.* 3. *C. de collationibus*: de Saxoniæ usibus, licet in Saxonia Electorali nunc mutatis per reductam juris canonici dispositionem: Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 35. *defin.* 6. *n.* 6. Berlichius *concl. pract. part.* 2. *conclus.* 43. *n.* 5. *& seqq.* Magisque est, ut matrimonii solius favore istas sustineri renunciationes statuamus; dum non definito per pacta dotalia successionum jure atque ordine, difficilius non raro in nuptias consentirent, qui suarum familiarum, & rerum in iis conservandarum studio ducti, non æquo ferrent animo, avitas aut conquisitas unius familiæ industria opes, nuptiarum ac liberorum inde nasciturorum interventu, in alienam familiam successionis intestatæ jure transire. Quibus consequens est, ut extra pacta dotalia interpositas successionum futurarum renunciationes, ipsumque adeo in exhæredationem consensum in testamento vel aliter manifesto declaratum, neque querelæ neque ad supplementum conditioni ullum generare præjudicium statuamus. Debiliora vero sunt in contrarium adducta. Non enim a renunciatione post mortem testatoris exhæredantis aut præterenntis facta ad eam, quæ vivo testatore fit, argumentum recte duci, ex rationibus superius de jure Romano depromptis manifestum est. Et quamvis haud dubitandum sit, quin quisque his, quæ pro se introducta sunt, recte renunciet; tamen ubi non sola renunciantis vertitur utilitas, sed & publica pietatis & obsequiorum atque adeo honestatis ratio, non tam facile, nisi urgentior alia accedat causa, juris sui remissionibus fuit indulgendum. Cum ergo & naturale debeat esse votum parentum, ut liberos sibi successores habeant, & non minus pie parentibus in solatium orbitatis relinquenda fuerit liberorum, turbato mortalitatis ordine præmortuorum, hæreditas, quis, quæso, non animadvertit, admissa renunciandi facultate faveri ea, quæ inofficiosa sunt, tolli ea ipsa, quibus ad obsequia liberi erga parentes stimulantur, ac conservatur illud affectionis vinculum, quo tenerrime genitores hos, quos genuerint, complecti solent. Ne dicam, consensum talem metu reverentiali etiamnum hodie haud raro per parentes, sine causa iniquiores, extorqueri a liberis sponte sua haud assensuris; & vicissim sæpe morosis ac continuatis opportune importune precibus indecentibus tandem indulgentiores flecti & exorari parentes, ut liberis consentiant, ut ut in pietatis officia impacturis. Sed nec adversæ sententiæ suffragatur Ulpianus in *l. non putavit* 8. §. *si quis sua* 6. *ff. de bonor. poss. contra tab.* dum ait, ei, *qui se sua manu in testamento paterno exhæredem scripsit, exhæredationem nocere.* Si enim & quæstionem ibidem propositam & decidendi rationem attentius consideremus, apparebit, longe alia id mente dictum, ad controversiam præsentem erroneo transferri. Quærit scilicet JCtus, an filius emancipatus, qui se sua manu exhæredem fecerat in testamento paterno, ad bonorum possessionem contra tabulas venire possit, quæ solis a patre præteritis, nequaquam exhæredatis, accommodatur: §. *emancipatos* 3. *Inst. de exhæredat. liberor.* & dubitandi quidem ratio in eo erat, quod exhæredatio ista manu filii ipsius exarata videri poterat habenda pro non scripta, cum senatusconsulto sive Liboniano, sive Claudiano, cautum esset, ut, quæ quis sibi suisque in testamento adscripsisset, ea pro non scriptis haberentur, præter falsi pœnam scribenti imminentem: *l. de eo qui* 10. 14. 15. 22. *ff. ad leg. Cornel. de falsis.* Hoc autem admisso, filius non ut exhæredatus ad querelam, sed magis ut præteritus ad bonorum possessionem contra tabulas fuisset admittendus. Sed non ita erat: nam cum Senatus tantum suspectas falsasque crederet scripturas illas, quibus quis sibi prodesse studebat ac hæreditatis legative captabat compendium, non vero alias, quibus quis contra suum commodum dictata a testatore exarabat, consentaneum erat, hunc filium sua manu se exhæredem ex voluntate patris scribentem, neque verbis senatusconsulti neque sententia contineri: *l. impuberem* 22. §. *ult. ff. ad leg. Cornel. de falsis*: *d. l.* 8. §. 6. *ff. de bonor. possess. contra tab.* adeoque exhæredatione tali sibi ita nocuisse, ut non potuerit tanquam præteritus ad bonorum possessionem contra tabulas admitti. An vero sic sibi nocuerit, ut nec querelam habuisset injuste exhæredatis accommodatam, uti illic non fuit quæsitum, ita nec determinatum, ideoque non inde, sed aliis ex legibus jam ante per nos adductis, petendum.

37 Renunciationem pactis dotalibus factam quod attinet, quo usque illa per liberos fieri possit, an tantum aliquo, an etiam nullo accepto; an & renunciantium præmortuorum liberis noceat; an obsit renuncianti, prædefunctis illis in quorum utilitatem renunciatio facta est; an renuncians successioni renunciasse censeatur legitimæ, & quæ id genus sunt plura ad hanc materiam spectantia, vide apud Zoesium *tit. de pactis n.* 36. *& seqq. ac n.* 54. Hartmannum Pistorem *observ. lib.* 4. *qu.* 5. 6. 7. Carpzov. *defin. forens. part.* 2. *constit.* 35. *defin.* 1. *& seqq. usque ad finem.* Doctores vulgo *ad cap. quamvis* 2. *de pactis in* 6. Abrah. a Wesel *de connubial. societ. & pact. dotal. tract.* 2. *cap.* 6.

38 Cum vero infrequens non sit, ut nuptias contracturi apud nos vicinasque gentes pactis dotalibus certum concipiant ordinem succedendi in casum, quo vel ipsi sine prole decesserint, vel proles ex eo matrimonio nata sine ulterioribus descendentibus fuerit mortua; quæsitum fuit, an eo casu querelæ vel petitioni legitimæ possit locus esse. Cui quæstioni ut satisfaciat, interesse puto, an pactis dotalibus id actum sit, ut conjugum altero sine liberis moriente, alter ex asse hæres sit præmorienti, ac omnia ejus bona retineat: an vero convenerit, ut liberis ex co-

ma-

matrimonio natis ac sine ulteriore prole defunctis, bona redeant ad latus illud unde fuerant profecta. Quod si placuerit, ut conjux conjugi sine liberis decedenti ex asse hæres sit, præmoriens vero parentes reliquerit etiamnum superstites, & statuto non exclusos a liberorum successione; rationis esse existimo, parentes non quidem inofficiosi testamenti, (quippe quod nuspiam apparet) sed donationis inofficiosæ, pactis dotalibus factæ, querela legitimam ex nati natæve præmortui intestati bonis obtinere. Quamvis enim favorabilia dicas ob matrimonium pacta dotalia, non tamen tantus videri poterit eorum favor, ut propterea paciscentibus indulgendum esset alios suo fraudare jure, atque adeo violatis pietatis officiis intervertere parentibus debitam ex lege portionem: arg. *l. unic. C. de inoff. dotibus: l.* 1. *& tot. tit. C. de inoff. donat.* Carpzovius *defin. forens. part.* 3. *constit.* 1. *defin.* 10. & *part.* 3. *constit.* 12. *defin.* 4. Nec leve opinioni huic momentum addit, quod placuit interpretibus, eo quoque in casu, quo statutum conjugem superstitem vocat ad successionem omnium bonorum prædefuncti conjugis, parentibus tamen prædefuncti viventibus salvam esse oportere legitimam, quoties de ea parentibus deneganda nihil invenitur nominatim dispositum: videri enim tum casum istum de parentum legitima statuto omissum, atque adeo relictum juris communis dispositioni; æquitate maxima pietateque hac parte commendabili: arg. *l. si cum dotem* 22. *pr. ff. soluto matrimon.* Nec præsumptionem in dubio capiendam esse, quod legislator generalibus verbis atque indefinitis personas privilegiatas suis voluerit spoliare prærogativis: arg. *l. ult.* versic. *exceptis C. ubi quis de curiali vel cohortali dign. conven.* Pingizerus *quæst. Saxon.* 29. *n.* 1. *& seqq.* Schneidewinus *ad tit. Instit. de hæreditatibus quæ ab intestato cap. de successione inter virum & uxorem*, *n.* 26. junct. *n.* 30. aliique quos refert ac sequitur Carpzovius *defin. forens. part.* 3. *constit.* 11. *defin.* 3. Quemadmodum etiam, cum pactum est, bona redire debere ad latus illud unde processerunt, eo ipso ademtus non censetur conjugi superstiti ususfructus in locis illis, ubi statuto inductus est: Peckius *de testam. conjug. lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 5.

39 Neque aliud dicendum erit, si parentes dotalibus suorum liberorum tabulis pacta talia continentibus superfuisse, ac subscripsisse, imo easdem totas exarasse concipias, quoties non nominatim adjecerint legitimæ portionis renunciationem: cum nemo credatur in dubio suum voluisse jactare, neque donationes, quibus & annumerandæ juris sui renunciationes, sint præsumendæ, quoties nulla urget necessitas, & alia potest conjectura capi: *l. cum de indebito* 25. *ff. de probation.* adde *tit. de donation.* capi vero hic potest ea, quod parentes dotalibus tabulis subscripserint, potius bonoris causa, & ut suum in ipsas nuptias velut gratas acceptasque consensum testarentur; nec tempestivum judicaverint aut necessarium, hoc ipso nuptiarum gaudiique tempore tam ominosum & incertum ac votis suis propriis contrarium, de liberis turbato mortalitatis ordine præmorientibus, casum vel memorare pactis vel excipere: arg. *l. cum tale* 72. *pr. ff. de condit. & demonstrat.* Carpzovius *defin. forens. part.* 3. *constit.* 12. *defin.* 4. Abrah. a Wesel *de connub. bonor. societ. & pact. dot. tract.* 2. *cap.* 5. *n.* 38. 39. qui tamen ex parte, sed frustra, dissentit. Neque enim jam dictis adversantur illa juris nostri capita, quibus ex subscriptione instrumenti probari dicitur consensus atque comprobatio eorum, quæ eo comprehensa, licet vergentia in subscribentis detrimentum jurisque quæsiti diminutionem: *l. fidejussor* 26. *§. pater* 1. *ff. de pignor. & hypoth. l. sicut re* 8. *§. non videtur* 15. *ff. quib. mod. pign. vel hyp. solvit.* Quod enim in creditore hypothecario subscribente tabulis emtionalibus, quibus distrahebatur a debitore pignus ei obligatum, præsumatur remissio vinculi pignoris; & in filio jussu patris conscribente chirographum, quod scribere pater impeditus erat, quo pater & mutuum sibi numeratum & se filii domum oppignorare profitetur, conjectura capiatur, filium istac ratione in domus suæ pignus consensisse secundum *d. ll.* id inde est, quod uterque non nisi dolose & emtoris creditorisve decipiendi causa jus suum in re vendita aut oppignorata dissimulasse, ac siluisse, videri possit: dum probabilis admodum est aut esse potest in emtore aut creditore ignorantia rei alienæ vel alteri obligatæ. At in casu, quo parentes tabulis dotalibus suorum liberorum subscripsisse proponuntur, nulla concipi potest alterius circumveniendi voluntas, cum neque paciscentes utrimque ignoraverint, hos parentes esse, neque ignorare debuerint, hisce, qua talibus, salvam esse legitimæ persequendæ potestatem, cui non probarentur manifeste renunciasse.

40 Quod si inter eos, qui nuptias inituri, placuerit pactis dotalibus, ut liberis ex eo matrimonio progenitis ac sine ulteriori sobole legitima decedentibus, bona eorum redirent ad latus illud, lineamque sive paternam sive maternam, unde ea constitisset pervenisse; aut aliud his simile: si quidem casus extiterit, ut alterutri parenti præmorienti hæredes extiterint liberi, ac sine prole legitima deinceps moriantur, relicto parente altero etiamnum superstite; non poterit ille de liberorum defunctorum bonis sibi vel legitimam vindicare vel Trebellianicam, quasi scilicet liberi, qui parenti prædefuncto ex asse hæredes fuerant, fideicommisso fuissent gravati, ideoque salvam habuissent & ab omni onere restitutionis liberam tum legitimam tum Trebellianicam; atque ita parenti superstiti, velut hæredi proximo liberorum suorum intestato decedentium, delatus esset ille semis, quasi liberum & omni gravamini subductum liberorum patrimonium. Considerandum etenim primo quidem, si maxime salvam poneremus liberis defunctis ex parentis prædefuncti hæreditate legitimam & Trebellianicam, nihil id profuturum parenti superstiti: cum enim secundum ordinem ab ipsis parentibus dotali instrumento præscriptum alii debuerint liberis intestatis hæredes esse, quam parens superstes, atque ita ille sua sese dispositione ac voluntate excluserit a liberorum suorum successione intestata, neque totam illam liberorum portionem ab onere liberam sibi arrogare posset, neque portionis illius legitimam. Est namque legitima portio portionis ab intestato debitæ; cum ergo nulla pars propter pacta dotalia, proprio parentum judicio concepta,

si-

superstiti parenti debita fuerit, non potest partis non apparentis pars ei deberi. Adde quæ de exclusis statuto dicam in *seqq. h. t.* Nec est quod quis objiciat, generalem successionis renunciationem non continere renunciationem legitimæ: cum id in liberis forte renunciantibus admitti possit, quibus tacita quadam lege naturæ successio debita; ad parentes vero haud extendendum sit; atque insuper in ea tantum legitima obtineat, quæ jam morte delata est, seu cujus petendæ jus jam natum, non in ea, quæ ex patrimonio etiamnum viventis speratur, ut notat Rodenburch *de jure conjug. tract. de statut. divers. tit.* 3. *c.* 2. *n.* 4. *pag.* 133. 134. Sed & secundo, ne ipsis quidem liberis, parenti in casu nostro succedentibus, illa legitimæ atque Trebellianicæ deductio, velut libera, ex usu hodierno indulgenda videtur; eo quod talis prærogativa ultimis tantum voluntatibus convenit, non etiam pactis, per quæ pacta nunc hæreditatem deferri contra jus civile receptum est. Cui accedit, quod locus esse nequeat petitioni vel detractioni legitimæ aut Trebellianicæ, ubi neque ulla exhæredationis aut præteritionis apparet injuria, neque ullum liberis impositum fideicommissi proprie dicti gravamen. Neutrum vero in casu nostro contigisse in aperto est; quis enim præteritos existimet aut exhæredatos, qui soli exclusis aliis, quibusvis ad parentis præmortui hæreditatem venerunt ex asse? aut quis fideicommissi onere gravatos dixerit, qui neque actu inter vivos alienare, neque suprema voluntate disponere de universa hæreditate prohibentur, ubi ejus ætatis fuerint, qua testamenti factio ipsis a jure permissa est? aliter utique de fideicommisso oneratis rebus jure cautum esse jam vulgo notum. Neostadius *tract. de pactis antenup. observat.* 1. *in not.* & *observ.* 2. *in not.* & *observ.* 3. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 29. *n.* 3. 4. 5. Christ. Rodenburch *tract. de jure conjug. in prælimin. de statut. divers. tit.* 3. *cap.* 2. *n.* 4. 5. *pag.* 132. *& seqq.* Abr. a Wesel *de connub. bonorum societ. tract.* 2. *cap.* 5. *n.* 28. 29. 30. Respons. JCtor. Holland. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 4. & *d. part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 339. (*revera*) 239. *n.* 1. & *part.* 4. *consil.* 4. Paulus Voet *ad* §. 1. *Inst. h. t. n.* 5. Si tamen ita pactis dotalibus ordinem succedendi definitum appareat, ut simul fideicommisso gravata sit liberorum portio, dum vel alienatio prohibita, vel designati tabula dotali hæredes ulteriore sunt onerati restitutione, haud dubium quin ex juris canonici memorata superius dispositione locum habitura sit legitimæ simul ac Trebellianicæ detractio; non ut parenti superstiti cederet, quippe sua voluntate ab omni jure successionis intestatæ liberorum excluso; sed magis illis, qui tabulis dotalibus designati liberorum successores, ulteriori restitutione gravati sunt. Groenewegen ad *Grotium manuduct. d. lib.* 2. *cap.* 29. *n.* 3. Rodenburch *d. tit.* 3. *cap.* 2. *n.* 4. *in fine:* faciunt huc quæ habet Neostadius *de pactis dotal. observ.* 3. *in notis:* & Grotius *d. lib.* 2. *cap.* 29. *n.* 6.

41 Quod si liberi secundum potestatem sibi competentem, non attenta successorum designatione per parentes tabulis dotalibus concepta, testamentum de suis bonis condendum censuerint, verius est, parentis superstitis rationem habendam esse, sic ut, eodem præterito, querela non videretur deneganda. Cum enim testamento facto vis omnis eorum, quæ dotalibus cauta instrumentis, evanescat; neque jam hæreditas ex parentum voluntate deferatur, sed testamentaria potius liberorum ipsorum dispositione, non potest non inofficiosa illa dici, in qua præteriti inveniuntur a liberis, quos & pietatis & commiserationis ratio jubebat vocari: *l. nam etsi* 15. *ff. h. t.* Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 5. *n.* 31. 32. 33. post Grivellum *decis.* 53. *n.* 45. 46. Stockmans *Cur. Brabant. decis.* 22. *licet ex parte dissidentem*. Neque interest, an liberi alios, quam qui tabulis dotalibus expressi fuerant, instituerint, an eosdem partibus iisdem iisdemque modis. Nam cum omni in casu non vi pacti, sed testamenti filialis, hæreditatem deferri manifestum sit, neque filius parentum paciscentium beneficio, sed propriæ liberalitati, hæreditatem per institutos accepto ferri voluerit; inficias ire nullus poterit, quin ea ratione pater non vi pacti aut propriæ renunciationis, sed filii sui judicio, & ita contra pietatis officia sibi a filio debita, exclusus sit. Neque novum adeo atque insuetum, ut hominis dispositio eandem inducens læsionem, quam vel lex vel voluntas alterius intulerat, eodem tamen jure haud æstimetur. Sic enim & jure civili, cum filii hæreditas vi substitutionis pupillaris a patre factæ extraneis jure deferretur, exclusa pupilli matre, ac ne ad querelam quidem admittenda, quia non filius ipse excluserat, sed pater: *l. Papinianus* 8. §. *sed nec impuberis* 5. *ff. h. t.* tamen omnino admittenda mater erat, si a filio jam pubere facto ac testamentum condente fuisset præterita, licet is eosdem nunc sibi scripsisset hæredes, quos pupillari pater designaverat substitutione. Nec minus in Hollandia ad secunda vota transiens, si tabulis dotalibus in præjudicium liberorum primi matrimonii communionem bonorum cum conjuge pacisci voluerit, & ita sua voluntate liberis iisdem nocere, nihil agit, dispositioni legis *hac edictali* subjiciendus; qui si commodum idem ex communione voluisset conjugi acquiri ex vi statuti, omissa omni dotalium pactorum solemnitate, habitus non fuisset in liberos injurius, nullo quippe facto proprio adversus eos inducens læsionem. Abr. a Wesel *de connubial. bonor. societ. tract.* 2. *cap.* 5. *n.* 34. 35. 36. D. Joh. a Someren *tract. de repræsentatione cap.* 6. *n.* 24. Neque hisce, quæ de testamentaria liberorum dispositione, ac non negligendo in ea parente superstite dicta sunt, repugnat, quod, si maxime superstiti præterito querela daretur, nihil ipsi ea profutura esset, dum per inofficiosi accusationem ipse causam quidem testati redigeret ad causam intestati, sed sua victoria prodesset illis, qui deficiente testamento tanquam successores ab intestato fuerant dotali conventione parentum electi, non vero sibi, utpote per renunciationem ab intestati successione excluso. Falsum etenim, parentem superstitem vi renunciationis in casu testamenti conditi a successione intestati exclusum videri; nam cum secundum ante dicta liberi, ultimum condentes elogium, noluerint suam hæreditatem pactis, sed magis testamento, deferri, atque adeo enervaverint pacto-

ctorum vim, iniquum esset, ex illis pactis renunciationem continentibus, & voluntate liberorum subsecuta infirmatis, sustineri testamentum illud ipsum, quod ea irrita reddidit & infirmata. Variusque est, per intentatam inofficiosi infirmationem redire non pactitiæ sed legitimæ succassionis jus, parentibus superstitibus ita deferens hæreditatem, quasi numquam renunciatio aut pactum dotale intercessisset.

42 Quod si parentes statuto exclusos concipias a liberorum suorum successione ab intestato, uti id alterutro parente præmortuo obtinet in iis Hollandiæ partibus, quæ jure Scabinico utuntur; si liberos a successione parentum, uti multis in regionibus in filiabus id constitutum; si denique fratrea a fratrum successione legitimâ remotos ponas; non dubitandum videtur, quin his omnibus in parentum aut liberorum fratrumve testamento præteritis querela in totum sit deneganda, sive institutos ponamus eosdem, quos & statutum vocabat ad successionem intestatorum, sive alios remotiores vel etiam prorsus extraneos nullo sanguinis nexu conjunctos. Cum enim jam monitum sit, ac in seqq. plenius explicandum, legitimam esse partem portionis ab intestato debitæ, atque adeo omnem suam relationem habeat ad intestatæ successionis jura, optima sane ratione traditum existimo a juris interpretibus, legitimam nunquam illis esse debitam, quibus delatum non est a lega vel statuto successionis ab intestato percipiendæ jus. Barbosa *in collectan. Cod. ad l.* 8. *C. h. t. de inoff. testam. n.* 8. Tyraquellus *de jure primogenituræ quæst.* 55. *n.* 9. *& seqq.* Berlichium *concl. pract. partic.* 2. *concl.* 16. *n.* 47. Jacobus Coren *observat.* 10. *n.* 24. *& seqq. ad n.* 58. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *c.* 18. *n.* 22. Respons. JCtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 90. Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 4. n. 5. Et, si rem omnem penitius ad examen revocare libuerit, apparebit, frustra hos omnes futuros asse, licet maxime intentata querela depulissent ab hæreditate eos, qui fuerant testamento vocati: nam & qui prolixissima extendunt querelæ effectum (de quo nos antea in quæstione, an & fratres uterini aliique similes post rescissionem admittantur) in id consentiunt, testati causam ad summum sic reduci ad causam intestati; quasi nullum ab initio compositum fuisset a defuncto testamentum. Quo ipso posito, cum lex eis nullam deferat successionem, obtineret quod ab Ulpiano traditum, puta, *si quis ex his personis, quæ ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit, & casu* (non jure) *obtinuerit, non ei prosit victoria, sed his qui habent ab intestato successionem, nam intestatum patremfamilias facit: l. posthumus* 6. §. *si quis* 1. *ff. h. t.* Nec est quod quempiam turbet, quod in casu exclusionis parentum, per pacta dotalia factæ, paulo ante parentem superstitem ad querelam statuimus admittendum, quoties liberi testamento condito eum præteriissent, licet institutis iisdem, quos antenuptialis designaverat conventio; cum utique multum inter hæc duo intersit. Quoties enim pacto definitus est successionis ordo, exclusis parentibus ipsis paciscentibus & ita juri suo renunciantibus, supponitur, sine pactis illis legitimam parentibus in bona liberorum successionem non fuisse denegatam. At nostro in casu contra sese res habet; cum de illis quæratur hic, qui lege vel statuto ad successionem ab intestato non sunt vocati. Illo ergo in casu cum redeat per inofficiosi querelam non illa pactitia, sed legitima succedendi ratio, & intestatus reddatur testator, prodesse sibi potuerunt, quotquot a jure accessionis ab intestato non fuerant per leges moresque repulsi. Nostra vero in quæstione monstratum abunde, non posse eum, qui ab intestato non succedit, sibi per intentatam inofficiosi accusationem prodesse, sed tantum aliis lege vocatis. Ut proinda satius fuerit, repelli in universum a querela hos omnes, velut nulla exhæredationis injuria affectos, neque legitimâ spoliatos successione. Dissentit Stockmans *Curiæ Brabant. decis.* 22.

43 Evanescit præterea querelæ movandæ jus, si mortuus fuerit, qui exhæredatus erat, cum querela needum esset præparata; quippe quæ tunc ad hæredes non transmittitur: *l. posthumus* 6. §. *ult. l.* 7. *ff. h. t.* licet enim petitio hæreditatis ad hæredes procul dubio transmittatur, tamen in querela contrarium placuit; non alia (ut opinor) de causa, quam quia exhæredatus hic agit propter injuriam exhæredatione illatam ac testamento inductam: *l. non est* 4. *l. Papinianus* 8. *ff. h. t.* injuriarum autem actio hæredi non datur: §. 1. *Inst. de perpet. & temp. act.* Ut tamen ad exhæredatorum liberos etiam non præparata jure novo transmittatur: *l. si quis filium* 34. *l. pen. in fine C. h. t.* in quo differt ab actione ad supplementum, quæ etiam non præparata ad hæredes extraneos transit. Neostadius *Cur. supr. decis.* 99. Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 24. *n.* 25. 26. *& cap.* 18. *n.* 26. Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *c.* 4. *n.* 34. Præparasse vero querelam censetur, non tantum qui inofficiosi accusationem jam in judicium plena litis contestatione deduxit, sed & qui comminatus tantum fuit accusationem, vel usque ad denunciationem vel libelli dationem processit: *d. l. posthumus* 6. §. *ult. l.* 7. *ff. h. t.* quod si instituto deliberante exhæredatus decesserit, præparata videri non potest querela: *d. l. si quis filium* 34. *& l. pen. in fin. C. h. t.*

44 Denegata insuper querela est, si legitima relicta fuerit, quæ est portio portionis ab intestato debitæ: *l. cum quæritur* 6. *C. h. t. l. Papinianus* 8. §. *quoniam* 8. *ff. h. t.* §. *ult. Inst. h. t.* ac magis bonorum quam hæreditatis pars; non modo, quia sic in jure appellatur: *l. cum quæritur* 6. *C. h. t.* sed & quia non ante ineunda est legitimæ ratio, aut præstatio facienda, quam si deductum fuerit æs alienum ac funeris impensæ: *d. l. Papinianus* 8. §. *quarta autem* 9. *ff. h. t.* quo facto, non hæreditatis sed bonorum denominatio superest: bona quippe proprie non sunt, nisi quæ deducto ære alieno supersunt: *l. subsignatum* 39. §. 1. *ff. de verb. signif. l. mulier bona* 72. *ff. de jure dot. l. ea demum* 6. *C. de collation.* ac in eo bona distant ab hæreditate, quæ & æris alieni onus includit, ac damnosa hæredi asse potest; cum ex adverso bona, a beando dicta, damnosa non sint: *l. bonorum* 49.

ff.

ff. de verb. signif. Ne dicam, jure veteri legitimam non solo institutionis, sed & legati & fideicommissi & mortis causa donationis alioque titulo potuisse relinqui: *d. §. ult. Inst. h. t.* qui quantum a titulo hæredis distent, eumque excludant, nec legitimam sinant hæreditatis partem esse, expositione nulla opus est. Quibus adde, nullum posse a testatore gravamen imponi legitimæ; gravamen autem non leve esset, si filius in sola institutus legitima, eandem percipiens, impediretur vindicare pro parte res suas a patre defuncto nullo jure distractas, & cogeretur ultra legitimæ ipsius vires agnoscere æris alieni molem; de quibus mox latius. Nec denique dubium, quin legitimæ supplementum petens, actione personali, puta, condictione ex lege agat; qui tamen petitione hæreditatis debuisset experiri, si pro portione legitima fuisset re ipsa hæres. Andr. Gayl. *lib. 2. observ.* 120. *n.* 2. 3. 4. Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 7. *tit.* 8. *n.* 5. Ant. Faber *Cod. lib.* 2. *tit.* 5. *def.* 18. *n.* 2. Nec hisce repugnat, quod & quartam falcidiam ex legatis non ante institutus iisdem gravatus percipiat, quam deducto prius ære alieno aliisque, ac nihilominus ut hæres considerandus sit: *§. ult. Inst. de lege Falcid.* Neque enim talis ex eo hæres est, quod quartam falcidiam, & ita quartam bonorum, ex hæreditate percipiat; sed magis quartam percipit ac deducit ideo, quia hæres est, quod ipsi datum, ne alioquin ob exiguum vel nullum lucrum repudiaret delatam hæreditatem legatis exhaustam: atque adeo ante omnem falcidiæ deductionem, & extra omnem ejus considerationem, jam ex institutione & aditione subsecuta hæres erat. Minus adversatur, quod quartam hanc legitimam aliquando *hæreditatis partem* appellatam invenias: *§. sed hæc ita* 5. *Instit. h. t.* Cum non alia de causa id factum videatur, quam quia titulo etiam institutionis relinqui poterat; adeoque titulo tenus tunc erat pars hæreditatis, nequaquam re ipsa & juris effectu: ne alioquin inde illa profflueret absurditas, quod ex filiis pluribus eodem successionis jure gaudentibus, eadem portione legitima honorandis atque honoratis, alius ad æs alienum ultra vires patrimonii adstringeretur, alius non item, dum uni legitima institutionis, alteri legati jure fuisset delata. Et licet jure novo legitimam solo institutionis titulo relinqui Justinianus sanciverit, *nov.* 115. *c.* 3. *in pr.* nihilo tamen magis propterea vi & effectu pro hæredibus habendi: cum neque veteris juris dispositio, secundum quam ex legitima instituti non considerabantur tanquam hæredes, mutata sit; neque ipsa juris novi ratio talem interpretationem admittat. Quod enim Justinianus solo institutionis, non item legati titulo, legitimam relinqui jussit, id in liberorum favorem eio cautum fuisse in confesso est, *nov.* 115. *cap. hæc autem* 5. si vero ex hæredis titulo etiam re ipsa hæredes censerentur, eveniret, ut in ipsorum utilitatem inventa torquerentur in dispendium; contra *l. quod favore* 6. *C. de legibus: l. nulla juris ratio* 25. *ff. eod. tit. de legibus*. Nec leviter hæc ex eo firmantur, quod, licet jure novo desideretur institutionis honoratior titulus, sufficiat tamen, vel in certis rebus institutionem factam esse: *d. nov.* 115. *cap.* 5. quo casu, quin institutus legatarii loco habendus sit, nequaquam dubium: *l. quotiens* 13. *C. de hæred. instituend.* Non denique sententiæ nostræ obest, quod in legitima institutus cogi possit adire hæreditatem & ex Senatusconsulto Trebelliano restituere: *l. ita tamen* 27. *§. si patronus* 13. *ff. ad Senatusc. Trebell.* ad quam aditionem solus hæres, non is qui legatarius est aut ejus loco habetur, adigendus est. Respondeo namque, erroneum esse, quod in sola institutus legitima, alio cohærede existente, ad adeundum & restituendum constringi possit; cum utique nullum legitimæ gravamen aut restitutionis onus imponi posse, principia nos doceant; ut proinde nihil eo casu esset, quod per rogatum restitueretur. Neque id voluit *d. l.* 27. *§.* 13. quippe in qua non alia concipi potest facti species commoda, quam hæc, quod patronus ex asse ab initio institutus, rogatus fuerit, retenta legitima, reliquam restituere liberti sui hæreditatem, quo ipso quantum ad effectum non nisi ex debita parte institutus videbitur: nam si præter legitimam ipsi nihil initio inspecto obvenisset ex hæreditate, nihil esset, quod ex fideicommisso veniret restituendum. Suadetque hunc sensum connexio *§. sequentis* 14. in quo proponitur hæres itidem institutus præceptis quibusdam rebus restituere rogatus, uti in *§.* 13. præcepta legitima.

45 Consistit vero controversiæ hujus utilitas inter alia in eo quoque, quod, si legitimam hæreditatis partem esse velimus, eos, qui legitimam petierint, tanquam hæredes, ad æs alienum pro portione sua obstrictos esse statuamus, ubi apparuerit, æris alieni mole superari patrimonii vires: contra vero, eosdem non teneri, si ultra vires patrimonii æs alienum excurrat, sed liberari restituendo id, quod legitimæ nomine consecuti fuerant; quasi bonis non apparentibus nec legitima, tanquam bonorum portio, & ad bona relationem habens, concipi potuerit: arg. *l. mulier bona* 72. *ff. de jure dot.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 145. *quæst.* 3. Sed & secundo utilitas in eo est, quod filius in sola institutus legitima, suum fundum a patre alienatum vindicare in totum possit; cum alioquin, si eum vere hæredem esse velimus, pro ea parte, qua hæres est, vindicare non posset, sed defuncti factum hactenus teneretur præstare: arg. *l. cum a matre* 14. *C. de rei vindicat.* Pinellus *ad l.* 1. *C. de bonis maternis part.* 3. *n.* 79. 80. Grassus *recept. sent. §. hæreditas quæst.* 12. *n.* 25. Peregrinus *de fideicommiss. art.* 33. *n.* 3. Barry *de successionib. lib.* 11. *tit.* 9. *n.* 14. Ant. Matthæus *de succession. disput.* 16. *n.* 20.

46 Legitimæ quantitatem quod spectat, olim eam constituebat pars quarta portionis ab intestato debitæ; at jure novo triens, si quatuor fuerint liberi vel pauciores; semis, si plures quam quatuor: *nov.* 18. *cap.* 1. Quod augmentum in ascendentibus quoque locum habere, frequentius receptum est; eo quod hisce æque ac liberis, non certis tantum casibus, sed regulariter querela tributa est. Non tamen in fratribus, quippe quibus leges regulariter legitimam non concesserunt, sed tantum in casu singulari, & in odium personæ turpis iisdem per fratrem prælatæ; cum tamen in *d. nov.* 18. *cap.* 1. *in fine* con-sti-

stitutum sit, augmentum illud in omnibus personis observandum esse, *in quibus ab initio antiquæ quartæ ratio de inofficioso lege decreta est*, adeoque quibus leges ob propria merita & propriam sanguinis conjunctionem antiquitus quartam dederant; non, quibus odium magis alienum profuit ex accidenti; licet de fratribus plures dissentiant. Vide Facbineum *lib. 4. controvers. cap.* 28. Berlichium *conclus. pract. part.* 3. *conclus.* 12. *n.* 42. *& seqq.* ubi plures congessit Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 12. 13.

47 Quod si circa legitimæ quantitatem statuta varient, uti peculiariter Ziriczeæ in Zelandia fertur bes liberis pro legitima assignatus; in immobilibus quidem servandæ leges loci, in quo res unaquæque immobilis sita est: in mobilibus vero jus domicilii testatoris; ita uti in successionis intestatæ delatione id obtinere, alibi dictum; eo quod legitima omnem suam relationem habet ad intestati successionem. Respons. Juriso. Holl. *part.* 5. *consil.* 181. *quæst.* 3. *pag.* 548. Quibus consequens est, ut, si parentes non ex asse sed in partem cum fratribus aliisque succedant suo filio prædefuncto, etiam in bonis tali lege regundis non nisi trientem ejus, quod ab intestato iis obvenisset, legitimæ jure possint percipere. Cum ergo in bonis Hollandicis, ea parte sitis, quæ jure Aesdomico censetur, filio improli succedat parens superstes ex semisse, fratres vero ex altero semisse, legitima parentum non triens sed sextans erit, seu tertia pars dimidiatæ ab intestato deferendæ. Quod quidem minus dubium, si fratres instituti fuerint; sed si præteritis fratribus extranei nulla turpitudinis macule laborantes vocati sint, idem quidem obtinere pluribus visum est: Respons. JCtor. Holl. *part.* 4. *consil.* 28. & *part.* 2. *consil.* 115. & *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 90. & 169. & plures allegati apud Berlichium *part.* 5. *conclus.* 12. *n.* 47. sed cum in casu, quo extranei sunt instituti, fratres præteriti, & superstes parens ad legitimam vocatus est, fratres neque ab intestato succedere neque querela partem ullam avocare possint, exclusi propter testamentum jure conditum, & nullo inofficiosi vitio laborans; & in sequentibus plenius tradendum sit, æquum non esse, ut partem facerent, qui partem non capiunt; non omnino erraverit, qui superstiti parenti in tali casu totius hæreditatis trientem pro legitima censuerit adjudicendum esse, uti id multorum auctoritate confirmat Berlichius *d. part.* 3. *conclus.* 12. *n.* 51. 52. Peregrinus de *fideicommissis art.* 38. *n.* 15.

48 De nepotum legitima in bonis avi, dum pater intermedius e vivis excessit, quanquam jure veteri res satis expedita fuit, juxta *l. Papinianus* 8. *§. quoniam autem* 8. *in fine ff. h. t.* ex quo tamen varia cœpit esse legitimæ quantitas pro numero liberorum, intricâtior nunc quæstio est. Quæ ut commodius terminetur, in antecessum id observandum, nepotes, sive soli existant, sive cum suis patruis ad successionem avi defuncti vocentur, non suo ex capite sed jure repræsentationis admitti; quasi pater intermedius avo, hi suo patri successissent, tantum scilicet percepturi ab intestato, quantum pater si vixisset; adeo ut primo in tot partes dividenda veniat avita hæreditas, quot filii aut naturaliter supersunt, aut juris fictione in nepotibus vel pronepotibus, defunctos repræsentantibus, finguntur superesse; tum dein filii cujusque prædefuncti portio inter nepotes ex unoquoque genitos iterato distribuatur; & si nepotes præmortuos concipiamus pronepotibus superstitibus, inter pronepotes similis subdividendi ratio observetur: *§. cum filius* 6. *§. ult. Inst. de hæredit. quæ ab intestato: placit. Ord. Holl.* 1. *Aprilis* 1580. *art.* 20. *&* 18. *Decemb.* 1599. *art.* 1. Quo posito, singulatim diversi casus veniunt considerandi; aut enim avum mortuum concipimus, relictis nepotibus ex diversis filiis prædefunctis, vel etiam ex filio uno prædefuncto, sed superstitibus adhuc aliis ejusdem avi filiis: aut contra, eundem decessisse fingimus relictis tantum ex unico filio prædefuncto nepotibus, dum nulli alii erant defuncto avo filii superstites aut ex aliis præmortuis filiis nepotes. Priore casu pro filiorum superstitum, & per nepotes repræsentatorum numero vel triens vel semis nepotibus, ex uno filiorum præmortuorum natis, legitimæ nomine videtur assignandus; atque adeo si sex ponas filios partim relictis ex se liberis defunctos, uti hæreditas ab intestato delata in sex partes fuisset dividenda, sic ut singulis filiis, aut defunctorum stirpi sextans cederet, ita singulis filiis legitimæ nomine semissem istius sextantis competiturum, constat. Et quia nepotes ex unoquoque filio nati, ex avita hæreditate tantum capere debebant, quantum pater eorum, si vixisset, etiam ex capite ejus semissem sextantis eosdem percipere ratio dictat. Cum enim legitima relationem habeat ad jus successionis ab intestato, sequitur eos, qui ex capite patris æstimantur & veniunt ad successionem ab intestato, etiam ex ejus capite æstimari debere in determinande quantitate legitimæ, tanquam portionis ex debita ab intestato portione deducendæ. Ut proinde hic nihil intersit, an duo vel tres vel sex ex uno filio prædefuncto, & sextam hæreditatis paternæ partem jure intestati ablaturo si vixisset, nepotes supersint: quippe quæ distinctio tum demum inveniret locum, cum e proprio patre fuissent in legitima instituti: neutiquam vero, quoties non ex suo capite tanquam tres aut quinque aut sex, sed tanquam unica tantum persona, parentem suum defunctum intermedium repræsentantes, ab avo in legitima instituti sunt: arg. *l. Papinianus* 8. *§. quoniam* 8. *in fine ff. h. t.* Peregrinus *de fideicommissis art.* 36. *n.* 39. Francisc. de Barry *de successionibus lib.* 16. *tit.* 2. *n.* 1. Si tamen non omnes ex uno filiorum prædefuncto nepotes in legitima instituere velit avus, sed forte unum tantum, virilem ei pro numero nepotum assignando partem ex legitima, toti isti stirpi debita, defungi potest; adeoque si ex uno ex sex filiis nepotes duos ponas superstites, uti stirpi toti uncia una suffecisset pro legitima, ita semuncia sufficiet uni nepoti in legitima sola per avum instituendo. Posteriorem casum quod attinet, quando ex unico tantum filio prædefuncto nepotes supersunt, cum nullis patruis, aut patruorum liberis concursuri, sed soli hæreditatem jure intestati ex asse inter se divisuri, frequentius quidem placuisse videtur interpretibus, legitimam nepotum semissem fore, si quaternarium ne-

nepotes ex unico prædefuncto nati numerum superent: sin quatuor tantum aut pauciores existant, trientis assignationem ab avo factam pro legitima sufficere. Francisc. de Barry *de successionibus lib.* 16. *tit.* 2. *n.* 1. Peregrinus *d. loco*. Sed cum horum sententia falso laboret fundamento, quasi ex unico filio prædefuncto nepotes haud succederent jure repræsentationis tanquam subintrantes in parentis prædefuncti locum; rectius dixerimus, iis, quotquot numero fuerint, sive duo, sive quinque pluresve, trientem legitimæ nomine deberi; eo quod & pater eorum, quem repræsentant, tanquam unicus, trientem tantum potuisset percipere. Ne dicam, absurdum esse, quod avus, qui proximiori filio trientem dando potuisset defungi, & de reliqua hæreditate suo disponere arbitratu, ob intervenientem intermedii filii mortem cogeretur majorem relinquere portionem illis, qui defunctum repræsentant, aut (si maxime largiremur eos non repræsentare) saltem a defuncto, ac per trientis assignationem dimittendo si supervixisset, fuissent exclusi, tanquam gradu remotiores, & jure instructi debiliore. Responsa JCtorum Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 157. Cui consequens est, ut, si non omnes, sed unum tantum ex pluribus nepotem avus in legitima instituere desideret, ei virilem, pro numero nepotum, portionem trientis teneatur assignare. Neque hisce obstat, quod tali in casu, quo ex unico filio nepotes succedunt, opus non sit ullo jure repræsentationis, eo quod æqualem singuli nepotes seu virilem tunc partem capiunt. Nam & si tribus filiis prædefunctis tres nepotes unicos sui patris filios successuros concipias, virilem procul dubio avitæ hæreditatis partem laturi sunt, atque adeo in hisce quoque necessaria non posset videri repræsentatio, dum idem habituri sunt, sive in capita sive in stirpes hæreditas divisa sit. Sed non ita est: licet enim tunc repræsentationis nullus sit usus, quantum ad partium hæreditariarum distributionem; collationis tamen intuitu repræsentatio necessaria visa fuit; ut nempe nepos quisque conferat in medium, quod pater intermedius, si vixisset, debuisset conferre; *de quibus tit. de collationibus*. Atque ita quoque non absimili modo, licet in unici filii nepotibus repræsentatio supervacanea sit quantum ad dividendam inter eos avitam hæreditatem attinet, utilis tamen est ac rationem habet, quatenus de majore aut minore legitimæ portione assignanda disceptatur. Plane, si loci alicujus statuta manifesto dictent, nepotes solos existentes sive ex uno sive ex pluribus filiis prædefunctis pari vel impari numero natos (veluti ex uno unum, ex altero tres) avo non jure repræsentationis, sed in capita succedere, non dubium, quin eo casu, non ex filiorum, sed magis nepotum numero, legitimæ quantitas definienda sit. Quale successionis jus in capita novissime stabilitum in tetrarchia Neomagiensi: *Gereformeerde Landrecht van Nymegen tit.* 23. *art.* 3. 4. 5.

49 An autem numerum liberorum augeant, qui vel statuto exclusi sunt a successione, vel exhæredati, vel querelæ renunciarunt, varia sentiunt interpretes, quorum opiniones vide apud Grassum *de successionibus §. legitima quæst.* 7. Hartmannum Pistorem *lib.* 4. *quæst.* 8. ubi plures allegat, Fachineum *controvers. lib.* 4. *cap.* 31. Peregrinum *de fideicommissis art.* 38. Francisc. de Barry *de successionib. lib.* 16. *tit.* 2. *n.* 5. *& seqq.* Berlichium *conclus. pract. part.* 3. *conclus.* 12. *n.* 7. *& multis seqq.* Carpzovium *defin. forens. part.* 3. *const.* 10. *def.* 12. 13. 14. 15. Guidonem Papæ *decis.* 295. Zoesium *ad Pand. h. t. n.* 87. *& seqq.* Sed ut distinctius universa capiantur, duplicis omnino quæstionis plenior esse consideratio debet. Aut enim disputatur, an tales exhæredati vel renunciantes vel statuto exclusi numerum faciant ad id, ut legitima reliquorum major esset; an vero ad id ut minor sit reliquorum legitima. Prioris quæstionis species est, quando pater quinque relinquens filios, tres quatuorve in legitima instituit, dum quintus exhæredatione vel statuto vel renunciatione exclusus est. Hic si quintus numerum liberorum augeat, legitima singulorum non triens sed semis erit portionis ab intestato debitæ: sin contra cæteris liberis ille haud computetur, legitima trientem tantum portionis ab intestato deferendæ constituet. Non computari vero ad hunc effectum juste exhæredatos aut statuto vel renunciatione exclusos verius est, quoties statutum eos ab universa exclusit hæreditate, aut renunciatio generaliter & non in certæ personæ favorem facta est, & ita quidem, ut neque dos neque aliud simile renunciantí aut alteri, in cujus favorem renunciavit, aut per statutum excluso, cesserit: tunc enim, in quantum nihil ex hæreditate capit aut diminuit exhæredatus, merito mortuis annumerandus est: *l.* 1. *§. sed & si* 5. *ff. de conjung. cum emancipato liberis:* neque novum, ut moriens relictis liberis, sed juste exhæredatis, eo jure censeatur, quo illi, qui liberos tales non reliquerant: *§. sed nostra* 3. *vers. sin autem Institut. de successione libertorum*. Et quia augmentum legitimæ, ut nempe semis esset in casu liberorum plurium quam quatuor, inductum fuit, ne paupertate nimium premerentur liberi post patris obitum, qui eo vivente fuerant idonee exhibiti, si quadrante vel triente juberentur contenti esse: *novell.* 18. *præfat. in fine:* consequens erat, ut excluso penitus quinto cessare dicamus semissis dati rationem, dum soli quatuor reliqui ad hæreditatem ita veniunt, ac si quintus nunquam in rerum natura fuisset, accrescente reliquis quatuor liberis istius quinti portione, ut plenius in sequentibus dicendum est. Quod si non simpliciter, sed dote demum accepta renunciatio intercesserit, aut statutaria sit facta exclusio, rectius eo casu statuetur, ipsum quoque exclusum cæteris connumerari, adeo ut, si ipse quintus sit, legitima reliquorum semissem potius quam trientem complectatur: locum habente tunc ratione illa superius allegata, ob quam Justinianus eo usque legitimam voluit augendam, & æquitate suadente, ut, qui dotis aut alterius deductione paternum minuisset patrimonium, prodesset quoque reliquis ad augendam prolis numerosioris intuitu inductam legitimæ quantitatem. Neque hic audiendus Fachineus, aliique nonnulli supra memorati, putantes filiam quidem statuto exclusam, sed dotandam, aut jam dotatam, numerum facere ad id, ut reliquorum legitima semis sit; eam autem, quæ dote accepta ulteriori renunciavit successioni 4. juxta

cap. quamvis 2. *de pactis in* 6.) numerum non facere ad legitimæ augmentum. Quid enim, obsecro, interest, statuto, an renunciatione exclusa filia dotem capiat; cum utroque in casu æque contingat patrimonii paterni diminutio ex præstita vel præstanda dote; eoque contingat minorem esse reliquorum singulorum debitam ab intestato portionem. Quod & tanto magis admittendum, cum consideratur, ab ipsis dissentientibus asseri, dotem talem velut legitimam filiæ, aut saltem loco & vice legitimæ, habendam esse. Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 91. Similiter eum quoque, qui sive vivo patre sive post mortem ejus nullo accepto renunciavit hæreditati paternæ non simpliciter, sed in certæ personæ gratiam, veluti in gratiam tantum fratris primogeniti, non reliquorum, numerum liberorum aucturum esse, verius est; eo quod, licet ipse nihil capiat, ille tamen, in cujus favorem renunciavit, portionem renunciantis percipit, & ita ex capite renunciantis diminuit patrimonii quantitatem, ac si ipse renuncians ad hæreditatem pervenisset; imo renuncians partem spe aut re percepisse videtur, perceptamque rursus in eum transtulisse, in cujus utilitatem renunciavit successioni, ut late adstruit Hartmannus Pistoris *lib.* 4. *quæst.* 8. *n.* 5. 6. 7. 8. 9. Peregrinus *de fideicommissis artic.* 58. n. 12.

50 Hactenus de quæstione prima, an exhæredati, renunciantes, vel statuto exclusi, augeant numerum liberorum, ad id ut legitima aucta censeatur. Restat excutere, an hi ipsi connumerandi veniant ad legitimæ partem diminuendam, seu, an partem faciant; veluti si quatuor liberos ponamus relictos, ex quibus unus statuto, exhæredatione, aut renunciatione, exclusus est, tres reliqui jure succedendi haud destituti. Si enim reliquis tribus connumeretur ac partem faciat, sic legitima computanda foret, ac si quatuor ab intestato succederent, adeoque tres illi jure succedendi haud destituti pro legitima unciam tantum singuli habituri essent, velut trientem quartæ partis ab intestato debitæ; si vero numerum non augeat, singulis reliquis pro legitima cederet uncia una & tertia alterius unciæ pars, velut triens trientis ab intestato delatæ. Probabilius autem videtur, talem juste exhæredatum aut statuto vel renunciatione exclusum, uti in superiori quæstione non numerabatur ad augendam legitimæ quantitatem, ita nec hic computandum cæteris ad legitimam diminuendam. Primo etenim nulla ratio est, cur minus pro mortuo haberetur exhæredatus & similes juxta *d. l.* 1. §. 5. *ff. de conjung. cum emancip. liberis*: §. 5. vers. *sin autem Instit. de success. libertor.* si de minuenda, quam si de augenda legitima dubitatio sit. Cui accedit, quod ineptum videatur, connumerari cæteris & partem facere eos, qui nullam omnino partem ex hæreditate illa ferre possunt. *Liberi*, (inquit Ulpianus) *qui contra tabulas habere non possunt, nec partem faciunt, si per alios committatur edictum; quo enim bonum est eis favere, ut partem faciant, nihil habituris?* l. *si post mortem* 10. §. *liberi* 4. *ff. de bonor. possess. contr. tab.* junct. *l. filio* 16. *ff. h. t.* Quin imo, partem ejus, qui renunciatione vel tempore exclusus est, ita cæteris non jure exhæredatis & ob id querelam moventibus accrescere obtinuit, ac si hi soli in rerum natura fuissent: *l. qui, repudiantis* 17. *in fine pr. l. si ponas* 23. §. *ult. ff. h. t.* neque aliter penes extraneos hæredes institutos remanere ingratorum filiorum, & ita juste exclusorum, portiones, quam si omnes liberos velut ingratos repellendos esse constiterit: alioquin ingratorum pœnam & portionem ademptam in præmium cedere liberis reliquis ingratitudinis vitio non contaminatis: *novell.* 22. *cap. si quis enim* 21. *pr. &* §. 1. Idemque in renunciantium & successionem respuentium portionibus observandum esse, constat ex *l. un. C. quando non petentium partes petentibus accrescant.* Cum ergo sic portio tota, quæ exhæredatis juste aut renunciantibus fuisset debita, si nulla renunciatio aut exclusio acta esset, accrescat reliquis non exclusis, tanquam solis jure successionis intestatæ munitis, consequens erat, ut illud accrescendi jus ad legitimæ quoque incrementum sese extenderet, quippe quæ portionis ab intestato delatæ pars est. Si tamen & hoc casu renunciantes vel statuto exclusas filias dotem accepisse, vel dotis ex statuto petendæ jus habere concipiamus, magis esset, ut renunciantium aut exclusarum portionem non cæteris in legitima institutis accrescere dicamus, sed hæredibus cæteris sive liberis sive extraneis institutis, perinde ac si legitima tali renuncianti jam præstita vel adhuc præstanda foret, cum dos talis legitimæ locum ac vicem censeatur obtinere. Abr. a Wesel *de connub. bonor. societ. tract.* 2. *cap.* 6. *n.* 141. Fontanella *de pactis dotalibus clausula* 9. *part.* 2. *n.* 28. *& seqq.* Peregrinus *de fideicommissis artic.* 38. *n.* 12. *in med.* Idemque erit, si renunciatio, nullo accepto, interposita fuerit non generaliter, sed in certæ personæ favorem, quippe cui tunc soli renunciantis sive portio sive legitima obventura esset, non vero cæteris accretura. Vide *DD. supra citatos.*

51 In ineunda autem circa legitimam ratione spectanda quantitas patrimonii, quæ mortis tempore invenitur: *l. cum quæritur* 6. *C. h. t.* arg. *l. etiamsi* 5. §. *ult. ff. de bonis libert. l. omni modo* 30. §. *ult. C. h. t.* eo modo, quo id in Falcidiæ detractione receptum est ex §. *pen. Inst. de lege Falcid. l. in quantitate* 73. *ff. ad leg. Falcid.* Cum enim nulla viventis successio sit, nulla hæreditas: *l.* 1. *ff. de hæred. vel act. vend. l.* 1. *ff. pro hærede:* legitima vero ad intestati successionem habeat suam relationem, tanquam pars portionis ab intestato debitæ; nulla potest in vivi bonis legitima concipi: Ant. Faber *Cod. lib.* 3. *tit.* 5. *defin.* 15. *n.* 14. *& seqq.* Mynsingerus *cent.* 4. *observ.* 25. Quæ adeo vera, ut, si maxime pater sua dissipare incipiat ac luxu consumere, liberi tamen eo vivo nullam legitimæ exactionem habeant; præmature quippe concipientes sibi non spem tantum sed & jus successionis, cum adhuc vivit is, ex cujus bonis legitima debebitur: arg. *l.* 1. §. *si impubere* 21. *ff. de collationibus.* Pinellus *ad l.* 1. *C. de bonis maternis part.* 3. *n.* 75. Ferd. Vasquius *controvers. libr.* 1. *cap.* 57. Nec est, quod alimentorum sibi a parente debitorum prætextu videantur posse eo vivo legitimam consequi, ne post dispersum patrimonium iisdem fraudentur; ut post alios Fachineus *controvers. lib.* 12. *cap.* 59.

Gra-

Gratianus *discept. forens. cap.* 44. *n.* 18. *& seqq.* cum alia huic incommodo avertendo prodita inveniantur in jure remedia, secundum quæ prodigo curatorem constitui, eique bonorum administrationem a prætore adimi receptum est. Et licet non sine dedecore parentis hæc fieri concedendum sit; tamen, cum legitimæ petitio, quæ vivo patre fieret, non aliter effectum sortitura esset, quam allegata ac probata eadem prodigalitate, frustra sub obtentu honoris paterni, non ea ratione magis conservandi, fingetur sine lege (alio modo abunde prospiciente) potestas exigendi legitimam adeo juris fundamentis adversa.

52 Huic sententiæ consequens est, errare eos, qui (posito jure, quo filiæ non nisi accepta dote non minore, quam est legitima, renunciare possunt hæreditati paternæ) arbitrantur filiam, accepta dote congrua & ad legitimam sufficiente dotis datæ tempore, renunciantem ulteriori successioni, non posse post parentis ejusdem obitum supplementum petere, (si inter dotis constitutæ & mortis paternæ tempora sic opes excreverint, ut nunc minus quam legitimam, considerato mortis tempore, penes filiam esse manifeste appareat. Si enim nulla viventis sit hæreditas, nulla proprie loquendo legitima, & considerari nequeat quantitas patrimonii, nisi quæ mortis tempore fuit, jure petitur supplementum ejus, quod deest legitimæ: Ant. Faber *Cod. lib.* 2. *tit.* 3. *defin.* 15. *n.* 14. *& seqq.* Zoesius *ad tit. ff. de pactis n.* 40. & *h. tit. n.* 97. Peregrinus *de fideicommissis art.* 36. *n.* 17. Barry *de succession. lib.* 11. *tit.* 25. *n.* 57. 38. Grassus *§. Institutio quæst.* 19. *n.* 3. Nec moveri quisquam debet iis, quæ in contrarium moventur ab Abrah. a Wesel *de connub. bonor. societ. tract.* 2. *cap.* 6. *n.* 52. *& seqq.* post multos ibidem in unum collatos. Quod enim ipse statuit, negotium hoc, quo, dote congrua accepta, renunciat filia, non alterius considerationis esse, quam cujus est venditio spei, sive rei futuræ, in qua solum præsentis temporis pretium spectatur, & sufficit, licet postmodum id, quod ex eventu apparet emptum, longe & spem & pretii proportionem superet, aut ex adverso minimum aut nullum sit; id vero gratis ab eo assumi putem. Et licet id, quod dotis datæ tempore legitimæ nomine datum erat patrimonio tunc ampliori proportionatum, per filiam renunciantem restitui non debeat post patris obitum, si ob diminutum postea parentis patrimonium videri posset justam excedere legitimæ mensuram: licet etiam dotis datio momentanea causa sit, & pater promissioni dotis satisfecisse censeatur, semel facta congruæ dotis numeratione: licet denique filia ex sua renunciatione semel legitime perfecta ab omni successione intestata remota sit: nihil tamen ista omnia adversam juvant sententiam. Nam & posita renunciatione, & extra omnem renunciationis considerationem, si pater congruam filiæ dotem dederit, quam ex officii paterni necessitate & legis ac judicis jussu promiserat, secundum *l. capite* 19. *ff. de ritu nupt.* promissio ejus & solutio momentanea est; nec tamen ideo post patris obitum impedita fuit supplementi petitio, si minus quam legitima in dote esse mortis paternæ tempore deprehenderetur, dote solummodo in legitimam imputanda: *l. si quando* 55. *§.* 1. 2. arg. *l. omnimodo* 30. *C. h. t.* contra vero diminuto patrimonio dotem retinebat filia quantamcunque, a paterna abstinens hæreditate, si modo salva esset cæteris liberis sua legitima: *l. ult. ff. de dotis collatione*. Ut proinde nihil minus in hisce quam spei venditæ similitudo reperiatur. Et quod filia renunciatione sua se omni successionis ulterioris jure exuerit, id non ultra verum est, quam quatenus salvam habet legitimam, quam ei post renunciationem salvam esse voluit statutum, renunciationem ea demum confirmans conditione. Et quia jus Romanum æque, ac hodiernum, legitimæ quantitatem æstimari voluit ex totius patrimonii quantitate illa, quæ mortis tempore apparebat, juxta ante dicta; frustra quis fuerit, si in quæstione præsente quandam prætendat juris Romani mutationem; cum id unum mutatum sit, renunciationem, quæ jure Romano invalida erat, effectum sortiri posse: neutiquam vero de legitima quicquam ex eo jure inveniatur innovatum; quin potius nominatim reservatum legitimæ liberis tributæ jus, dum salva demum legitima renunciatio supponitur per statutum roborata.

53 Quisquis autem legitimam persequitur, quin & fructus a litis contestatæ tempore simul consecuturus sit, ne litigatori temerario sua mora ac frustratoriæ litis protelationes prosint, nequaquam dubium. Fructus vero a mortis tempore usque ad litis contestatæ tempus perceptos quod attinet, ex juris quidem Romani principiis idem de legitimæ, quod de hæreditatis universæ fructibus in hæreditatis petitione receptum est, statuendum existimo; cum ex ante dictis plus quam manifestum sit, legitimam portionis ab intestato debitæ partem esse, uno velut partem hæreditatis quantum ad commoda non perperam haberi: adeoque, si ad legitimæ præstationem conveniatur hæres, qui bona fide possedit debitam alteri legitimam, æquum, ut de extantibus teneatur, & de consumtis bona fide eatenus, quatenus inde locupletior est redditus; sin malæ fidei possessor sit, de universis sive extantibus sive consumtis reddendis dicatur obstrictus: *l. sed & si* 25. *§. consuluit* 11. *ff. de petit. hæred. §. & si in rem* 2. *Instit. de offic. judicis*. Eo quod fructus considerandi veniunt velut hæreditatis partes, & ipso jure hæreditas ex fructibus incrementum accipit: *l. non est* 9. *C. famil. ercisc.* (vide latius *tit. de petit. hæredit.*) Licet nunc pluribus placeat, legitimæ fructus a mortis tempore omni modo deberi, etiamsi hæres neque de legitima solvenda interpellatus fuerit, neque se legitimæ præstandæ noverit debitorem esse: Peregrinus *de fideicommissis: art.* 36. *n.* 69. Boerius *decis.* 3. *n. ult.* Gratianus *discept. forens. cap.* 688. D. Someren *de jure noverc. cap.* 11. *sect.* 3. *n.* 1. *in fine*.

54 De augmento hæreditatis, quod demum post mortem contigit, dubitatum, an & illud legitimam augeat ac quantitatem ejus ampliorem efficiat? Prodesse illud augmentum ad augendam legitimæ quantitatem recte dixeris, quoties augmenti causa jam vivo patre extitit, sive legitimæ computatio tempore talis augmenti advenientis jam facta fuerit, sive non; nisi tempore eo, quo legitima computabatur, is,

is, cui ea debita, ulteriori persecutioni renunciasset, & velut mediante transactione se præsenti assignatione contentum fore professus esset. Hujus generis incrementa varia sunt, veluti, si debitor hæreditarius mortis quidem tempore solvendo non fuerit, sed postea ad meliorem reversus fortunam inceperit idoneus esse: vel debiti vivo testatore contracti conditio extiterit post mortem ejus: *l. cum quo* 56. *§. aliquis* 1. *ff. ad legem Falcid.* aut jure postliminii revertantur post mortem res vivo testatore per hostes captæ: *l. servi* 43. *ff. eod. tit. ad leg. Falcid.* aut delata defuncto hæreditas legatumve, ac necdum adita vel agnita, per hæredem agnoscantur; aut victoria obtineatur ex lite, quæ jam fuerat per defunctum cœpta; aut conditio deficiat fideicommissi, quo pater circa res quasdam fuerat sub conditione gravatus. Cum enim hæc proficiant ad quartæ falcidiæ augmentum: *d. ll.* longe magis ad legitimæ incrementum proficere dicendum est; eo quod longe major legitimæ, tacita quadam lege naturæ debitæ, ac arctissimo cognationis vinculo junctis præstandæ, quam Falcidiæ, ex sola ratione & lege civili per quoscunque hæredes deducendæ, favor credi debet. Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 98. 99. Frustraque inter legitimam ac falcidiam differentiæ rationem hic ponit dissentiens post alios Peregrinus *de fideicommissis art.* 56. *n.* 20. *& seqq.* cum vere nulla subsit. Nam & legitima & falcidia est portio per legem data, casu quo testator non dederit; & ideo invito quoque testatore detrahenda. Ut proinde non veniat consideranda in legatis voluntas testatoris, quasi legatariis, ex voluntate testatoris integra legata percipere debentibus, magis favendum esset, minusque falcidiæ nomine detrahendum, & ob id facilius esset admittendum patrimonii augmentum, quo minor fieret legatorum diminutio. Sane enim voluntatis contra legum dictamen interpositæ, qualis est legatorum ultra dodrantem donatio, nulla omnino ratio habenda est, sed magis omnia sic censenda, quasi nulla talis fuisset a defuncto voluntas declarata. Nec minus falcidiæ, quam legitimæ, portio certam certi temporis, mortis scilicet, taxationem habet: & licet in taxatis ac limitatis superveniens ex nova causa augmentum non prosit; accedens tamen ex causa, tempus taxationis antecedente, quo minus augeat, rationem nullam esse jam supra probatum est. Neque subvertit sententiam nostram, quod patroni legitima dicatur non augeri augmentis, causam ante mortem liberti habentibus: *l. si patronum* 44. *§. ult. ff. de bonis libert.* Non enim recte a legitima patrono data ad eam, quæ sanguinis jure proximis est debita ratione quadam naturali, argumentum transfertur; cum & in aliis pluribus illa patronorum legitima distet ab ea, quæ liberorum est, nec iisdem juris regulis consistat. Si quæ enim a patre dolo dissipata sint ac prodigalitate, non consideranda erunt ac si in bonis essent, si de liberorum legitima quæstio sit; contra vero in debita patrono portione servatur: *l. etiam si* 3. *§. ult. ff. de bonis libert.* neque sic ex jure novo relinquenda patrono legitima institutionis titulo, uti quidem in liberis fieri debere a Justiniano cautum est *novell.* 115. *cap.* 3. denique Favianæ & Calvisianæ actiones accommodatæ patrono circa legitimam læso; quæ tamen liberis non ita datæ. Unde manifestum est, in quibusdam melioris, in quibusdam deterioris conditionis esse legitimam portionem patroni, quam liberorum: atque ita a diversis haud recte argumenta duci. Alia augmenta quod attinet, quorum causa post mortem demum testatoris extitit; ea ad augendam legitimæ portionem non prodesse, verius est. Si tamen post patris obitum creverint rerum hæreditariarum pretia, fundi hæreditarii alluvione aucti fuerint, aut simile quid in ipsis rebus hæreditariis contigerit, videndum, an hæc incrementa intercesserint, postquam jam ex voluntate partium aut judicis officio inita fuerit legitimæ ratio, & computatio, an vero ante. Si enim post definitam demum legitimæ quantitatem, sive in pecunia, sive in corporibus quibusdam hæreditariis æstimatis præstandam, hujus generis incrementa supervenisse appareat, nullo modo legitimæ quantitati semel definitæ augmentum allatura sunt; eo quod per rerum certarum aut pecuniæ assignationem videtur quædam inita esse venditionis species, eo modo, quo & alias in adjudicationibus inter cohæredes sociosve fieri solitis, in quantum is, cui debita erat legitima, cuique ex eo capite ipso jure competebat in rebus singulis hæreditariis sua portio (uti mox dicetur) has cæteris hæredibus ad legitimam solvendam obligatis vendidisse censetur, & pretium earum accepisse, quando pecuniam pro legitima sibi assignari passus est; vel vicissim res quasdam hæreditarias ab hæredibus emisse, quando certis rebus hæreditariis sibi pro legitima datis dimissus est, eo modo, quo id etiam in omnibus inter cohæredes sociosve aut confines adjudicationibus factis locum habet: principiis vero juris conveniens est, omnem rerum venditarum alluvionem, pretii augmentum, ac commoda alia emtori cedere, pretio semel recte constituto propter hæc nullatenus augendo, ut dicetur *tit. de peric. & commod. rei vend.* Sed si acciderint hæc rerum augmenta ante initum legitimæ calculum & assignationem, etiam ad legitimæ quantitatem augendam profutura, non dubitem. Debetur namque legitima liberis ipso jure non in pecunia numerata aut certis quibusdam rebus, sed in ipsis corporibus hæreditariis singulis pro rata: arg. *l. pen. C. h. t. nov.* 18. *præfat. in fine, & cap.* 1. in verbis *truncium, sexuncium, quadruncium*, sic ut, pro quota parte percipere debent bonorum quantitatem legitimæ titulo, pro ea etiam rerum hæreditariarum domini censeantur: arg. *l. lineam* 26. *ff. ad leg. Falcid.* Cui consequens est, ut & ex alluvione, & ex rerum pretiis auctis, tanquam pro parte domini, suam partem ferant: Peregrinus *de fideicommissis art.* 36. *n.* 26. 27. 29. Licet enim verum sit, non præcise rerum singularum partem legitimæ titulo assignandam esse, sed magis aut mutua conventione aut judicis arbitrio in certis rebus vel quantitate pecuniaria legitimam constitui, aut testamento paterno dari, sic ut nec legitimam debens suo arbitratu solvere eam, nec petitionem ejus habens eandem suo arbitrio deducere possit: Grassus *§. legitima quæst.* 17. Peregrinus *de fideicommissis art.* 36. *n.* 28. Responsa JCtor. Holl. *part.* 4. *consil.* 210. vers. *ten tweden*.

den. Menochius *de arbitrar. jud. lib.* 2. *cent.* 2. *casu* 163. Berlichius *decis.* 280. *n.* 12. *& seqq.* id tamen non impedit, quo minus ipso jure singulis ex rebus hæreditariis portio legitima debita sit; eo modo quo & hæredes plures ipso jure rerum singularum hæreditariarum pro rata domini sunt, & tamen adjudicatione rerum, non satis apte dividendarum, tandem a communione solent abire.

55 Quæ de augmentis servanda diximus, eadem & in decrementis eodem modo obtinere suadet vulgata regula, secundum quam pericula & incommoda rei cujusque eum sequi debent, quem commoda sequuntur: *l. secundum* 10. *ff. de regul. juris §. quum autem* 3. *Instit. de emt. vendit. §. illud* 5. *Instit. de societate*: atque adeo per defunctum, sive ex contractu, sive ex legato, sive ex fideicommisso debita sub conditione, eadem post mortem demum debitoris existente, minorem efficient legitimæ quantitatem, quia causa diminutionis vivo testatore extitit: arg. *l. in quantitate* 73. §. 1. 2. 3. *ff. ad leg. falcid.* Contra vero post mortem & initum legitimæ calculum ac quantitatis definitionem contingens diminutio æstimationis rerum hæreditariarum, aut edacitate, chasmate, mortalitate, aliove casu superveniens earum decrementum aut interitus, non minuet legitimam semel æstimatione & adjudicatione rerum vel pecuniæ, aut transactione constitutam: quæ tamen diminutio aut interitus si accidisset ante factam legitimæ computationem & adjudicationem, etiam legitimæ imminutionem post se traheret, si modo culpa desit ejus, qui ad legitimæ præstationem obstrictus est: ea enim apparente, dum forte neglexit pretio majore distrahere res promercales, aut agrum hæreditarium munire adversus edacitatem fluminis, aut ad avertendam ruinam ædes fulcire, solum negligentem, non vero legitimæ persequendæ jus habentem, hæc patrimonii diminutio esset gravatura, Peregrinus *de fideicommissis d. art.* 36. *n.* 33. Neque quicquam hic in contrarium movet, quod hujusmodi decrementa patrimonii nullam in falcidiæ detractione & computatione ineunda mutationem faciant: *d. l. in quantitate* 73. *ff. ad leg. Falcid. §. pen. Inst. eod. tit.* cum alia hac in parte falcidiæ, quam legitimæ ratio sit. Quod enim in falcidia superveniens illa diminutio non consideretur, id inde est, quia in omnem eventum ea diminutio hæredi nequit damnosa esse, ut inquit JCtus, dum ei liberum est non adire hæreditatem: quo fiet, ut necesse sit legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum hærede in portionem legatorum pacisci: *d. l.* 73. *in fine pr. d. §. pen. Instit. ad legem Falcid.* Cum ex adverso nunquam is, cui legitima debita, metu testamenti destituendi moveretur ad pactionem in partem cum hærede instituto ineundam; quippe non aliud votis magis exoptare valens, quam ut, hærede hæreditatem sibi testamento delatam repudiante, ipse jure successionis ab intestato munitus, destituto testamento, ex asse aut saltem portione integra ab intestato debita hæres fiat.

56 Licet autem in legitimæ calculo ineundo diximus spectandam esse patrimonii quantitatem, quæ mortis tempore invenitur; varia tamen sunt, quæ prius inde deducenda veniunt, eo habenda loco, quasi nunquam fuissent in defuncti substantia. Ne quid enim dicam de funeris impensis & ære alieno prius inde exsolvendo: *l. Papinianus* 8. *§. quarta* 9. *ff. h. t.* deducenda insuper, quæcunque defunctus tanquam fiduciarius possedit, & ex fideicommisso restituere rogatus est: quippe quæ etiam merito æris alieni jure censenda sunt, neque ad gravati hæredes transeunt, neque existente fideicommissi casu in bonis fiduciarii amplius computari possunt, sed magis a fiduciarii morte bonis fideicommissarii annumeranda: quippe quæ fideicommissarius non actione tantum personali ex testamento persequi, sed & rei vindicatione petere potest; ut proinde non jure ex his, quæ testatoris in patrimonio non sunt, nec ad hæredes ab intestato transmittuntur, deduceretur legitima, portio illa debitæ ab intestato portionis: *l. ult. §.* 2. 3. *C. communia de legatis*. Eoque facit, quod nec in falcidiæ quantitate definienda restituendæ ex fideicommissi causa res considerantur, ut defuncti propriæ, sed potius tanquam extra patrimonii massam positæ, & æris alieni loco: *l. irritum* 8. *C. ad leg. Falcid.* Berlichius *part.* 3. *conclus.* 11. *n.* 19. 20. Schraderus *de feudis part.* 7. *cap.* 5. *n.* 52.

57 Quod spectat res jure primogenituræ natu majori soli cedentes, sive allodiales sive feudales; nec eas ad constituendum bonorum cumulum considerandas esse, nec legitimam inde deberi, communius receptum est. Nam cum nullus præter primogenitum jus succedendi in ea habeat, & legitima jus succedendi ab intestato supponat, tanquam portio portionis ab intestato debitæ, absurdum videri posset, ex bonis illis augeri legitimæ quantitatem, a quorum successione in totum remotus est is, de cujus legitima quæstio est. Et ut de feudis paulo plenior fiat discussio, haud distinguendum existimo, utrum novum fuerit feudum, an antiquum; &, si novum, utrum emptum, an sine pretii interventu ex liberalitate quæsitum defuncto. Quamvis enim pretio soluto diminutum videri possit defuncti patrimonium; quia tamen mortis tempore spectanda est patrimonii quantitas, neque tunc pretium illud in bonis est, neque res feudalis in pretii locum ita succedit, ut pretii ipsius naturam indueret ac qualitatem, sed suo jure proprio, per dominum directum prima constitutione circumscripto, consistit; neque pater impeditur suam substantiam, dum vivit, diminuere, eaque ratione efficere, ut minor mortis tempore legitimæ sit quantitas, præsertim, si bona fide, sine fraudandorum liberorum proposito, id egerit; consequens est, ut neque pretii quod tempore mortis nuspiam apparet, neque feudi ipsius empti (a cujus successione remoti sunt, primogenito excepto, reliqui) ratio in calculo bonorum & legitimæ ineundo habeatur. Schraderus *de feudis part.* 7. *cap.* 5. *n.* 46. *& seqq.* Fachineus *controvers. lib.* 4. *cap.* 23. Petrus Bort *de feudis Holl. part.* 5. *tit.* 3. *cap.* 2. *regula* 4. *pag. mihi* 123. Petrus Heygius *part.* 1. *quæst.* 23. Joachimus a Beust *ad l. admonendi* 31. *ff. de jurejurando n.* 874. quæst. *an ex feudo novo a patre empto, filiabus debeatur legitima*. Neque movet, quod defunctus emens feudum, jure primogenituræ deinceps deferendum, videri posset do-

nationem pretii filio primogenito fecisse, quo fundamento dissentit de feudis emptis post Hartmannum Pistorem, Thomingium *decis.* 2. & alios, Berlichius *part.* 3. *conclus.* 11. *n.* 30. Gratis namque fingitur hoc casu donatio pretii, quod non ad filium, sed venditorem pervenit: gratis assumitur, patrem feudum sibi comparantem voluisse liberalitatem quandam inter vivos in primogenitum exercere, dum incertum prorsus, an unquam ille, qui emtionis tempore primogenitus est, parenti superstes sit futurus, & feudi successor. Sed & si hæc maxime darentur universa, tamen nec ideo sequeretur, donata illa collationi post mortem obnoxie esse, eut patrimonii quantitati ad legitimam definiendam annumeranda, ut patebit ex mox dicendis.

58 Si tamen statuto vel consuetudine inductum fuerit, feudi novi empti primogenito cessuri pretium per eundem primogenitum fratribus cæteris conferendum esse (de quo nos plenius ed *tit. de collationibus*) dubitatio nulla superesse potest, quin pretium illud ad augendam legitimæ quantitatem sit profuturum. Constat namque ea, quæ conferenda sunt, sic patrimonio defuncti copulari, ac si ipso mortis tempore fuissent naturaliter in ejus dominio, & in res collatas æquale successionis jus liberis omnibus esse quæsitum; quibus consentaneum est, ut legitimæ jure partem quandam ex eo ferant pretio collato, ex quo virilem tulissent ab intestato portionem. Petrus Bort *de feudis Holland. d. part.* 5. *tit.* 3. *cap.* 2. *regula* 4. *n.* 27. præsertim, cum & quævis alia collationi obnoxia, & ita inter cohæredes dividenda, etiam ad legitimæ augmentum proficiant. Papon *lib.* 20. *tit.* 7. *arrest.* 10. Sive is, qui conferre debet hæreditatem adeet & ita conferat, sive non adeat, & ita nec conferat, sive denique ipsi remissa nominatim fuerit paterno testamento conferendi obligetio. Nam etsi repudiet, dote aliisque perceptis contentus, aut etiam a colletione liber sit ex remissione paterna, & ita non videantur illa patrimonio paterno adnumeranda esse, tamquam quæ naturaliter a patrimonio patris recesserant, & cessante colletionis necessitate nunquam cum eo iterum sunt consolidande: arg. *l. ult. ff. de dotis collatione:* tamen, cum supra dictum fuerit, eos, qui dote vel legitima inter *vivos* accepta de cætero renunciarunt hæreditati paternæ, sic considereri ac si successissent, ac partem facere in minuenda reliquorum legitima; fas est, ut & per eos percepta petrimonio paterno in computanda legitima sic adnumerentur, quasi re ipsa colletionem fecissent & successissent. Pepon *d. lib.* 20. *tit.* 7. *arrest.* 7. Ne dicem, malitiis & collusionibus od freudandam legitimæ quentitatem viam apertum iri, si ob collationis remissionem, aut hæreditatis repudiationem cessante naturaliter collatione, minus crederetur in patrimonio esse, & ita minus legitimæ nomine deduceretur fictis repudiationibus & collationum remissionibus facile fabricandis.

59 Quin imo, si feuda antiqua, quorum nomine collationem non esse faciendam manifestum est, desierint ejus esse conditionis, ut primogenito cedant, dum pater liberam testandi de feudo antiquo facultatem a directo feudi domino impetravit, & ita vel testamento illud inter liberos divisit, vel uni ex liberis sive maximo natu sive natu minoribus aut filiabus eut etiem prorsus extraneo reliquit, non dubitandum putem, quin feudi saltem æstimatio paterno patrimonio cumulanda sit, ut legitimæ quantitas inde præstetur. Cum enim per obtentam testandi licentiam & subsecutam dispositionem evanuerit omne jus primogenituræ, quod unum impedimento erat, quo minus feudum in bonis paternis ad legitimam definiendam computaretur, & non ex beneficio aut voluntate domini directi, vel providentia juris feudalis, aut pactione primi acquirentis, sed mera patris testantis liberalitete tanquam res ejus propria deferatur, atque ita hactenus feudum redactum sit ad instar allodialium; ratio nulla videtur, cur non etiam ad exemplum cæterorum allodialium paternam augeret substantiam in legitimæ quantitate definienda. Quod etiem haud leviter ex eo firmetur, quod placuit interpretibus, ex feudis hæreditariis seu eorum æstimatione legitimam deberi, non alia de causa, quam quia ista se habent, ut cætero hæreditaria ultimi possessoris bona, & hæredibus quibuscunque cedere possunt: uti post Bortolum & alios defendit Fachineus *controvers. lib.* 4. *cap.* 25. *vers. secunda conclusio:* Jul. Clerus §. *feudum quæst.* 46. Et licet Berlichius cum eliis existimet, in casu, quo pater ex consensu domini directi feudum donaverat secundo genito, solum primogenitum, tanquam solum in eo feudo jus ab intestato succedendi habentem, legitimam, id est, trientem ex æstimatione feudi secundo genito donati percepturum esse; non item cæteros filios natu minores, quasi jure successionis intestatæ destitutos: *practicab. conclus. part.* 3. *conclus.* 11. *n.* 28. *&* 29. & hæc ipsa quoque de feudis Hollandicis tradantur a Pet. Bort *de feudis Holl. part.* 5. *tit.* 3. *cap.* 2. *regula* 4. *n.* 15. *& seqq. pag. mihi* 125. *& seqq.* ista tamen sententia tum demum admittenda videtur, cum non libera testandi fecultas per dominum directum concessa est, sed nominatim in donationem feudi certæ personæ, puta secundo geniti, intuitu consensus accommodatus est; quippe quo casu feudum non ita pleno allodialium jure censeri potest, nec dispositionis paternæ liberalitate ac beneficio in liberos omnes conferri: nam si (uti nunc in Hollandie & aliis locis) libera testandi facultas detur, per quem vel liberis vel extraneis relinqui potest, feudalia hactenus induere allodialium naturam ac conditionem, & per dispositionem testamentariam in rem & substantiam testetoris redigi, testatur Petrus Bort *de feudis Holland. part.* 5. *tit.* 2. *cap.* 1. *n.* 23. *pag. mihi* 70. & *tit.* 3. *cap.* 2. *regula* 4. *n.* 2. *pag.* 124. firmumque circa feuda Hollandice, & alia simili jure regenda, argumentum est, quod testamento paterno legata liberis feuda, ei, cui legata sunt, licet ipsi natu maximo, imputanda sunt in legitimam, perinde ac si res alia quæcunque allodialis legata esset, ut ipse Bort *d. part.* 5. *tit.* 3. *cap.* 2. *regula* 4. *n.* 2. *d. pag.* 124. Si enim imputentur tunc feuda in legitimam ei, cui legeta sunt, aliter fieri non potest, quin quanto minus legitimæ nomine ex patrimonio paterno deducit filius ob feudum ipsi legatum in legitimam imputatum, tanto major supersit patrimo-

monii quantitas cæteris liberis ex testamento vel etiam ab intestato cessura (posito quod pater voluerit unius filii intuitu testatus, reliquorum respectu intestatus mori, uti potest) cui consequens est, ut & debita ex tali portione legitima debeat pro rata augmentum habere.

60 Cæterum, quod neque Hollandica, neque Gelrica, pluriumque locorum aliorum feuda in patrimonio defuncti & intestati computentur, id inde est, quia, licet in multis nostratia feuda, etiam hæreditaria nobis dicta, cum feudis hæreditariis vulgo per interpretes feudales appellatis, magnam habeant affinitatem, non tamen in omnibus, sed plures supersint differentiæ, uti nos latius dicemus in materia feudali, & observat Petrus Bort *de feudis Holland. part.* 5. *tit.* 3. *cap.* 10. *quæst.* 6. *n.* 35. *pag.* 202. *&* 203. *& d. part.* 5. *tit.* 5. *cap.* 2. *regula* 4. *n.* 6. 7. *pag.* 124. Ultrajectinis tamen magis placuit, non attentis hisce differentiis, quantum ad hanc quæstionem attinet, sua feuda & emphyteuses, etiam jure primogenituræ ad exemplum feudorum devolventes, censere ex jure de feudis mere hæreditariis vulgo recepto; adeoque & emphyteuticaria & feudalia prædia, licet primogenito jure intestati cedentia, imo omnia jure primogenituræ natu majori obvenientia, æstimari volunt, & æstimationem patrimonii paterni adjiciunt cumulo, atque ita demum legitimæ calculum subducunt. Petrus Bort *de feudis Hollandiæ part.* 5. *tit.* 5. *cap.* 2. *regula* 4. *n.* 29. *pag.* 128. Wassenaar *practijk judicieel cap.* 11. *n.* 114. Responsa JCtor. Holland. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 134. *n.* 1. adde de mobilibus Carpzovium *defin. for. part.* 3. *constit.* 11. Berlichium *part.* 3. *conclusione* 17. An vero illud, quod de bonis emphyteuticariis in solo Ultrajectino obtinere diximus, ut connumerentur, antequam fiat legitimæ determinatio, etiam locum habeat, cum non de liberorum, sed parentum legitima quæstio est, merito dubites, propter ea quæ judicata narrantur apud Rodenburch. *de jure conjugum in tract. præliminari de statut. diversitate tit.* 3. *cap.* 2. *parte priore n.* 5. *in fine pag. mihi* 135.

61 Expositum hactenus, quænam patrimonio annumeranda sint, ut inde legitimæ portionis quantitas definiatur. Proximum est, ut excutiatur, quænam in ipsam legitimam veniant imputanda. Qua de re regulam non improbabiliter tradi posse puto, ea omnia in legitimam imputanda esse, quæ collationis necessitati sunt obnoxia: arg. *l. illud sine* 20. *pr. C. de collationib. l. quoniam novella* 29. *C. h. t.* Deckherus *lib.* 2. *dissert.* 6. *n.* 11. Fontanella *de pactis dotal. claus.* 4. *gloss.* 1. *n.* 48. Berlichius *decis.* 246. Quod & naturalis ratio dictat: si enim legitima ex patrimonio paterno debita sit, & collatio fiat, ita collata patrimonio adjungi paterno, ac si nunquam ab eo recessissent, & unicam cum eo juncta constituant massam, deinceps inter liberos æqualiter, aut secundum paternum elogium dividendam; non potest fieri, quin conferenda etiam in legitimam veniant imputanda; quasi compensatione facta melius fuerit, non conferre, quam collatum repetere: arg. *l. ideo* 3. *ff. de compensat.* præsertim, cum & collatio non tantum fiat re ipsa inferendo accepta, sed & tanto minus ex hæreditate deducendo. Et hæc usque adeo vera, ut & nepotes, præmortuo parente succedentes avo, pati debeant, in legitimam sibi imputari ea, quæ parens intermedius, si superstes fuisset, debuisset conferre; sive hæredes fuerint parenti intermedio, sive non; sive cum patruis suis concurrant, sive soli avo succedant: arg. *l. illam* 19. *C. de collation.* cum omni casu nepotes, uti avo per patrem conjunguntur, ita ex capite patris ac jure repræsentationis ad avitam veniant hæreditatem; nec casus mortalitatis parentis intermedii nocere debeat reliquis liberis simul avo succedentibus; quibus tamen noceret, si nepotum legitimæ non imputaretur, quod parentum intermediorum legitimæ fuisset imputandum, si vixissent. Quibus adde, æquum non esse, ut melioris essent conditionis illi, qui in aliorum præmortuorum locum subintrant, quam fuissent hi, quorum locum obtinent ac personam repræsentant. Joh. Papon *lib.* 20. *tit.* 1. *arrest.* 22. Ant. Faber *Cod. lib.* 2. *tit.* 5. *defin.* 16. 17. 18. Christinæus *vol.* 4. *decis.* 2. *n.* 7. Deckherus *lib.* 2. *dissert.* 6. *n.* 11. *& seqq.* Abr. a Wesel *de connub. bonor. societ. tract.* 2. *cap.* 6. *n.* 145. *& seqq.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 257. *pag.* 774. 775. vide distinguentes, sed minus recte, Berlichium *decis.* 246. Grassum §. *legitima quæst.* 25. *n.* 6. *& seqq.* Ant. Thessaurum *decis.* 237. His conveniens est, & dotes & propter nuptias donationes concessas ab eo, ex cujus bonis legitima debita, imputari oportere: arg. *auth. ex testamento, & l.* 4. 5. 7. 12. 17. *C. de collationibus: d. l. quoniam novella* 29. *C. h. t.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 91. *n.* 5. 6. Ant. Faber *C. lib.* 5. *tit.* 19. *defin.* 31. Peregrinus *de fideicommissis art.* 36. *n.* 131. 132. Ant. Thessaurus *decis.* 257. *n.* 1. Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 18. idemque de militia empta filio dicendum est: *l. omni modo* 50. §. *ult. C. h. t.* & de ceteris rebus quamplurimis, de quarum collatione prolixa disputatio est, idem judicium esse debet, quoties collationis necessitatem in iis locum invenire rationes juris legesque dictant, de quibus videndum *tit. de collationibus*.

62 Non tamen imputanda in legitimam, quæ parens binubus ultra filialem portionem reliquerat secundæ conjugi, quæque ob id, velut contra legem data, eidem adempta cesserunt thori prioris liberis, juxta *l. hac edictali* 6. *C. de secund. nupt. & novell.* 22. *cap. optime vero* 27. eo quod *d. l.* 6. & salvam liberis vult esse legitimam, & concedit beneficium detrahendi id, quod supra partem filialem conjugi secundæ relictum fuit. Primo ergo legitimam singulis prioris matrimonii liberis salvam esse necesse est; tum deinde supra legitimam id cedit iis, quod in pœnam secundarum nuptiarum novercæ vel vitrico secundum legem erat edimendum: Gravetta *consil.* 194. Fachinæus *controvers. lib.* 3. *cap.* 70. D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap.* 11. *sect.* 2. *n.* 5. Similiter in legitimam non imputanda feuda & alia jure primogenituræ natu maximo cedentia, idque iisdem ex fundamentis, ex quibus ea non augere paternum patrimonium ad constituendam legitimæ quantitatem, supra monuimus: excepto solo Ultrajectino, ubi placuit, illa quoque legitimæ impu-

putanda *esse)* excepto quoque in Hollandia alibique casu, quo feudi novi empti pretium fratribus ceteria est conferendum, eo quod tunc verum est, effectu inspecto natu maximum feuda & similia jure præcipui non possidere: excepto denique casu, quo feudum antiquum natu maximo vel secundo aut tertio genito filio acquisitum est non ex jure successionis feudalis intestatæ, sed ex dispositione patris testamentaria ex consensu domini superioris facta; eo quod tunc successionis intuitu allodialium aut feudorum hæreditariorum naturam ac conditionem videntur induisse. Adde superius dicta, & Julium Clarum §. *feudum quæst.* 46. Petrum Bort *de feudis Holland. part.* 5. *tit.* 3. *cap.* 2. *regula* 4. *n.* 1. 2. *pag.* 124. Neostadium *de feudis Holland. cap.* 6. *n.* 11. Paulum Voet *ad* §. *ult. Instit. h. t. n. ult. in med.* An autem legata aut prælegata relicta ei, qui legitimæ petendæ jus habet, in legitimam imputanda sint, in sequentibus, ubi de actione ad supplementum tractatur, manifestum fiet.

63 Modum relinquendi legitimam quod attinet, observandum ante omnia, liberam eam esse oportere ab omni onere, sic ut neque ex conditione aliqua suspendi, neque gravari fideicommisso possit, neque usufructu legitimæ defraudari illi, quibus ea debita, nulla denique dilatio, nullus modus addi, quo gravamen videretur legitimæ impositum, aut diminutio ejus facta. Quod si vel conditionibus vel dilationibus aut aliqua dispositione, moram aut modum aut aliud gravamen introducente, imminutum esse videatur legitimæ plenum jus, gravamen omne pro non scripto & irrito habendum est, & ita tollendum, quasi nihil eorum testamento additum esset, idque quantum ad ipsam portionem legitimam, non quantum ad alia, quæ supra legitimam inveniuntur data: *l. omnimodo* 30. *pr. l. quoniam* 32. *C. h. t. auth. novissima: C. h. t. novell.* 18. *cap. prohibemus* 3. Gomezius *variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 11. *n.* 27. 28. Responsa JCtor. Holl. *part.* 1. *consil.* 35. & 265. *in fine.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 119. Christinæus *ad leg. Mechlinienses tit.* 16. *art.* 26. *n.* 11. Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 15. 16. 17. Nisi tamen bona mente onus aliquod legitimæ impositum appareat: quibus enim in casibus ratam esse exhæredationem bona mente factam, supra traditum; iisdem quin & gravamen imponi legitimæ posse, non dubitandum. Groenewegen *ad l. filiis* 25. *C. h. t.* Neque his, quæ de legitima fideicommisso non oneranda dixi, repugnat *l. si pater puellæ* 12. *C. h. t.* quæ reciproco fideicommisso legitimam gravari posse innuit. Licet enim non desint, qui in universum in fideicommisso tali reciproco exceptionem admittunt; licet alii casum singularem *d. l.* 12. comprehendi arbitrentur, quia non perpetuum, sed temporale tantum fideicommissum, usque ad vicesimum quintum ætatis annum sese extendens, a parente est impositum: Deckherus *lib.* 1. *diss.* 14. *n.* 22. rectius tamen sentire videntur, qui *d. l.* 12. per Justinianum abrogatam putant, sic ut ne in terminis quidem *d.* legis duodecimæ gravamen jure novo subsistat, improbato in universum onere quocunque: *d. l.* 30. 32. *C. h. t.* Nec est, quod quis hic juris veteris emendationem admittere reformidet; cum *d.* lex duodecima etiam alia sui parte mutationem passa sit per *d. l.* 32. supponit enim, gravamine legitimæ imposito querelam inofficiosi dandam esse, quæ uti in ipsa facti specie legis duodecimæ calumniosa Imperatori videbatur, ita in aliis casibus censeri debebat jure movenda: cum tamen propter impositum legitimæ onus quodcunque jure posteriori supervacua fuerit inofficiosi accusatio: dum pro non scriptis fuerunt habita, quæcunque legitimæ gravamen redolebant: *d. l.* 32. *C. h. t.*

64 Quod si liberos in proprietate nuda ex asse institutos concipiamus, uxori vero omnium bonorum usumfructum relictum esse; liberi quidem omnium bonorum proprietatem sibi habebunt, secundum defuncti parentis judicium, sed tamen insuper legitimæ usumfructum jure sibi vindicabunt, quippe sibi testamento contra leges ademptum: & vice versa, si omnium bonorum ususfructus liberis datus sit, proprietas in universum aliis, salvam nihilominus habituri sunt legitimæ ipsius proprietatem: D. Someren *de jure novercarum cap.* 11. *sect.* 3. *n.* 1. *circa fin.* Responsa JCtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 134. *n.* 1. & *part.* 1. *consil.* 57. *quæst.* 6. Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *tit.* 7. *defin.* 1. 2. Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 17. *in fine.* Gomezius *variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 11. *n.* 26. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 144. *n.* 1. Carpzovius *defin. forens. part.* 3. *const.* 12. *defin.* 7. Nisi testamento nominatim electio concessa fuerit, intra certum temporis spatium declaranda, utrum sola omnium rerum proprietate, vel etiam solo omnium bonorum usufructu contenti esse velint, an plenam legitimam proprietatis ac ususfructus jure ex hæreditate defuncti sibi arrogare: quo facto, sive nudam proprietatem eligendam putaverint, sive usumfructum aut quid simile sibi propositum, sive iis repudiatis ad legitimam venire maluerint, electione sua persecutionis ulterioris jure destituti sunt: cum non possit inofficiosum dici testamentum, ex quo quis habuit legitimæ consequendæ potestatem; neque videri possit in fraudem legitimæ conceptum testatoris præceptum, qui, eo etiam spreto, voluit salvam nihilominus esse legitimam. Sive enim legitimam filius elegerit, habet quod leges præstari jusserunt, sive totam elegerit hæreditatem cum pleno fideicommissi onere, vel nudam proprietatem, vel nudum usumfructum, per ipsum stetit, quominus ex testamento haberet, quod ei leges dari jubent. Ut proinde non de testatoris iniquitate aut pietate neglecta, sed magis de se queri, sibique imputare debeat: arg. *l. plane si filium* 94. §. *si cui Stichus* 2. *ff. de legatis* 1. Surdus *decis.* 21. *n.* 20. Peregrinus *de fideicommiss. art.* 36. *n.* 96. *in med.* Menochius *libr.* 4. *præsumpt.* 196. *n.* 23. Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. *ult. Inst. h. t. n. ult. fere in fine.* Dissent. Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *tit.* 7. *def.* 2. *in fine.* Nec contrarium inferri potest ex *l. Sejus & Agerius* 27. *ff. ad leg. Falcid.* quasi nulla esset omnis testatoris voluntas fraudandæ portionis legitimæ gratia interposita: cum, ut jam observatum, in e-

le-

lectione, quam testator in casu nostro testamento dedit, nulla fraudatio legitimæ, sed potius expressa ejus concessio contineatur.

65 Simili modo apud nos infrequens non est, ut parentes sibi invicem omnium bonorum usumfructum legent, cum onere alendi liberos, donec ad legitimam ætatem pervenerint: quo casu interim quidem nullus legitimæ ususfructus peti potest, quippe cum alimentis ad legitimam usque ætatem præstandis compensandus; sed adimpleta ætate legitima, recte petitur a liberis debita legibus portio, ab omni ususfructus onere libera: arg. *d. nov.* 18. *cap.* 3. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 144. *n.* 1. Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 20. *in med.* Respons. JCtor. Holl. *part.* 2. *consil.* 227. Adde *consil.* 225. *post med. pag.* 447. *&* *part.* 4. *consil.* 276.

66 Secundo legitimam institutionis titulo relinqui debere Justiniano placuit; nec sufficere, quod per donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum portio data fuerit legibus debita: *novell.* 115. *cap.* 5. *in pr.* tum, quia honoratior est institutionis, quam legati titulus: *l. filium* 5. *§. sed & si* 6. *ff. de legatis præstand. contra tab. bon. possess. petita:* tum quia pinguior, dum jure accrescendi ad totam hæreditatem pervenire potest titulo institutionis, licet ad rem minimam, vocatus; cum contra legati donationisve jure legitimam percipiens nunquam jure accrescendi totius possit hæreditatis compos fieri: *l.* 1. *§. si ex fundo* 4. *ff. de hæred. instituend.* Quod an etiamnum hodie apud nos obtineat, varia pragmaticorum sententia est; institutionis titulum requirit Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 17. sufficere alium quemcunque, videtur censere Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 18. Parens p. mem. Paulus Voet *ad §. ult. Instit. h. t. n. ult. in med. ibique plures DD. citati.* Nec exiguus hujus controversiæ usus est: nam si solo institutionis titulo relinqui debeat, eo neglecto, querelæ locus erit, liberique ab intestato hæredes, sed vi clausulæ codicillaris fideicommisso gravati, legitimam simul & Trebellianicam habebunt salvam. Sin titulus legati sufficeret, aliusve similis, non nisi ad supplementum legitimæ superesset actio ei, cui alio quam institutionis jure minus quam legitima datum esset. Cæterum distinctionis ope non inepte hoc componi posse dissidium existimo; ita ut querelæ quidem locus sit relinquendus, non tantum, cum præteriti in universum aut exhæredati sunt liberi, sed & cum simpliciter legati titulo ipsis res certa aut certa quantitas pecuniaria relicta est, nec expressum, legitimæ loco hæc data esse, quo de casu concepta Neostadii decisio superius memorata decima septima. Si vero declaratum testamento inveniatur, rem aut quantitatem legati titulo collatam legitimæ loco ac vice dari, aut alia occurrant his æquipollentia, cessatura videtur querela, & ad supplementum tantum agi poterit, etiamsi verba defuerint hæredis institutionem palam præ se ferentia; quasi in liberis legitimæ mentioni adjectum *legandi* verbum pro institutione habendum sit, ne alioquin verbis magis quam rebus jura videantur scripta esse. Hugo Grotius *d. libr.* 2. *cap.* 18. *n.* 18. Respons. JCtor. Holland. *part.* 1. *consil.* 13. *&* *consil.* 158. *&* *consil.* 265. *&* *part.* 2. *consil.* 4. *&* *part.* 3. *consil.* 44.

67 Est autem hæc actio ad supplementum personalis stricti juris, scilicet condictio ex *l. omni modo* 30. *C. h. t.* quæ non ipsis tantum legitimæ petendæ jure munitis accommodata est, sed & hæredibus eorum quibuscunque, etiamsi præparata non fuerit per defunctum hæc actio, nec cœpta moveri, nec defunctus agnoverit legitimam sibi in rebus certis, sed non sufficientibus, testamento assignatam: sive enim legitimam ex sententia quorundam statuamus esse quotam hæreditatis, necesse est, ut petitionem ejus ad hæredes quoscunque transmitti dicamus, eodem jure; quo & tota hæreditas ex jure deliberandi per eos, qui eam sibi delatam esse non ignorant, transmitti solet, juxta *l. cum in antiquioribus* 19. *C. de jure deliberandi:* sive eam ut partem bonorum, & ut æs alienum ex legis dispositione debitum consideremus, in hæredes transmissio admittenda est, exemplo quartæ D. Pii impuberibus adrogatis tributæ: arg. *l. si adrogator* 22. *ff. de adoptionibus.* Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 120. *n.* 17. *&* *observ.* 131. *n.* 12. 13. Mantica *de conjectur. ult. volunt. libr.* 7. *tit.* 8. *n.* 10. Christinæus *ad leg. Mechlinienses tit.* 16. *art.* 26. *n.* 12. Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 3. vers. *ende indien bevonden werdet.* Responsa JCtor. Holl. *part.* 4. *consil.* 275. *quæ.* 2. Nec est, quod a querela non præparata ad hæredes non transmittenda argumentum ducatur ad hanc de supplemento actionem; eo quod inofficiosi accusatio, tanquam impugnans defuncti judicium, & testatorem neglectæ pietatis, imo furoris, arguens, odiosa plane est; cum ex adverso actio ad supplementum intentetur per eum, qui supremum comprobavit testatoris elogium, atque ita nequaquam odiosa sit. Et hinc quoque est, quod, licet querelam quinquennio ab adita hæreditate computando finiri supra dictum sit, actioni tamen ad supplementum, tanquam personali, triginta demum annorum spatio præscribitur ex vulgata personalium actionum natura: arg. *l. sicut in rem* 3. *C. de præscript.* 30. *vel quadrag. annor. vel* etiam ex natura petitionis hæreditatis, si eam cum aliis actione illa peti debere contendatur: arg. *l. hæreditatis* 7. *C. de petit. hæredit.* Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 120. *n.* 16. Mynsingerus *cent.* 2. *observat.* 72. Bugnion *de legibus abrogatis lib.* 1. *satyr.* 248. Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 3. vers. *nec etiam obstare doctrinam*, seu *n.* 10.

68 Illam certe non satis tuto admiseris sententiam, qua hanc supplementi petitionem per inofficiosi querelam fieri debere, atque adeo quinquennii spatio extingui contenditur; quasi Justinianus novella lege querelam ad hunc quoque supplementi casum extendisset: *l. si quis filium* 34. *in fine: l. si quando* 35. *§. & generaliter* 2. *C. h. t.* Etenim manifestis id redargutum fuit Justiniani verbis in *§. sed hæc ita* 3. *Instit. h. t.* ait enim, *sin vero quantacunque pars hæreditatis vel res eis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescente, id quod eis deest, usque ad quartam legitimæ partis repleatur, licet non fuerit adjectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.* Et quæ, quæso, posset hic concipi inofficio-

si

si querela, ubi nulla vel intenditur vel impetratur rescissio testamenti eut partis ejus? Cum enim jure veteri atque etiem tempore hujus supplementi a Justiniano introducti, & institutio, & legata, & quæcunque testamento cauta, per institutam jure querelam corruerent; ac jure novellarum testamentum quantum ad institutionem hæredum attinet, fuerit evacuandum: *novell.* 115. *cap.* 3. *in fine*: ex adverso, ubi supplementum petitur, neque institutio subvertitur, manentibus hæredibus ipsis illis institutis, neque ullum aliud testamenti caput, substitutionis, legeti, libertatis, fideicommissi, aut tutelæ mentionem habens. Neque quicquam præsidii est adversæ sententiæ in *d. l.* 34. *in fine*, & *l.* 35. §. 2. *C. h. t.* eo quod utraque annis aliquot ante institutiones compositas promulgata, interpretationem suam omnem ex manifestis Institutionum verbis, *inofficiosi querelam quiescere* jubentibus, accipere debet. Præterquam quod nec ad supplementum actio in *d. l.* 34. appelleta fuit inofficiosi querela: nam cum in ea lege quæstio hæc proponeretur, an querela non præparata ad hæredes transmitteretur, decisum a Justiniano, eam ad suos transmitti; sed limitatione addita in fine legis, *nisi pater adhuc superstes vel repudiaverit querelam, vel quinquennio tacuit*; quæ verba non ad ectionem de supplemento, incidenter tantum in ea lege tractatam, sed ad decisionis principalis limitationem de transmissione querelæ, spectant. Et quod dicitur in *l.* 35. §. 2. *C. eod. tit.* in casu, quo filius (cui aliquid, sed minus legitima, relictum fuit) post patris obitum professus est se contentum fore relictis, & de eo quod deest, nullam habiturum quæstionem, tunc *omni exclusa querela* filium compellendum, paternum amplecti judicium; leve prorsus est: cum *querelæ* nomen simpliciter positum latissime pateat, & omnis agens queratur de læsione ac juris sibi competentis denegatione. Ita namque prior quis super suis locis de finibus querimoniam deferre dicitur: *l. si quis* 3. *C. finium regund.* & Justiniano frequens fuit querelæ usus, dum dixit, jus *in querimoniam* deduci, cum adversarius absens est, ut interpellari nequeet: *l. ut perfectius* 2. *C. de annali except.* & *querelam non numeratæ pecuniæ* manifesteri: *l. in contractibus* 14. §. *in omni* 4. *C. de non numerata pecunia*: & de *servorum querelis* cognosci. §. *ult. Inst. de his qui sui vel alien. juris*. Sic ut non alius verborum *omni exclusa querela* sensus sit, quam si dixisset Imp. *omni exclusa actione*, eum debere relictis contentum esse, nec ultra quicquam extra paternum posse judicium obtinere.

69 Neque hanc actionem ad supplementum impedit, quod is, qui supplementi petendi jus habet, relicta acceptaverit, atque ita videatur defuncti comprobasse judicium. Neque enim magis propter agnitionem a se factam, legitimæ pertem persequi prohibendus est, quam quivis alius extraneus legato vel fideicommisso gravatus prohibetur ex eo, quod adivit, falcidiam deducere aut Trebellianicam; aditione scilicet eut agnitione non eufferente partes illas, quæ non tam testatoris beneficio, quam juris dispositione cuique cedunt: *l. si quando* 35. §. *& generaliter* 2. *C. h. t.* Et licet falcidiam ac Trebellianicam jure novo prohiberi posse in aperto sit: legitimæ tamen perceptionem nequicquam posse testamento veteri, constat: cui consequens est, ut ne tum quidem ad supplementum actio deneganda sit, cum testator nominatim jussit, filium relictis contentum esse; si inito bonorum calculo non totam legitimam relicta contineant: *l. si quando* 55. §. *& generaliter* 2. *C. h. t.* Fachineus *controvers. libr.* 12. *cap.* 6. 7. Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 3. *vers. nec obstare quod.* Ant. Faber. *Cod. lib.* 3. *tit.* 19. *defin.* 10. Christinæus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 16. *art.* 26. *n.* 11. Mantica *de conject. ult. volunt. libr.* 7. *tit.* 8. *n.* 10. *in med.* Guido Papa *decis.* 95. Gomezius *variar. resolut. tom.* 1. *tit.* 11. *n.* 25. Responsa JCtor. Holland. *part.* 2. *consil.* 520.

70 Intentanda ad supplementum actio adversus hæredes institutos, non adversus legatarios, quippe qui ab hærede potius conveniendi forent, si ob id, quod hæres legitimam supplere coactus fuit, salva ei non sit quarta falcidia, juxta *tit. ff. si cui plus, quam per leg. Falcid. licuer. legat. esse dicetur.* Unde & hæredes solos eo onere Justinianus gravavit; si qui enim liberorum aut parentum certis rebus jussi sint contenti esse, testamentum quidem non solvi, sed quicquid eis minus legitima portione relictum esset, hoc ab hæredibus impleri constituit, *novell.* 115. *cap. hæc autem* 5. *pr.* id quod & manifesta juris ratione demonstratur. Primo etenim, si legitimam ut quasi æs alienum consideres, juxta *l. Papinianus* 8. §. *si quis impubes* 15. *ff. h. t.* nullum præter hæredes, neutiquam legatarios, ad æris alieni exsolutionem obstringi constat: *l. quotiens* 15. *C. de hæred. instituend. l. ult. C. de hæreditar. action.* Sed & deinceps absurdum esset, adversus alios intentari actionem ad supplementum, casu quo aliquid, sed minus, relictum est, quam adversus quos nullo relicto querela movenda esset: eo quod querelæ loco Justinianus hanc ad supplementum actionem introduxit, quæ & olim ante Justiniani tempora non nisi contra hæredem institui poterat, quoties scilicet testator jussisset, ut quod deesset legitimæ, viri boni arbitratu suppleretur: §. *sed hæc ita* 3. *Instit. h. t. d. nov.* 115. *cap.* 5. *l. omnimodo* 30. *C. h. t.* Quibus accedit, quod eo tempore, quo primitus introducta fuit a Justiniano actio ad supplementum, legitima edhuc titulo legati relinqui potuit; quo posito, hæredem solum ad legitimæ legato datæ solutionem obstrictum fuisse, legatorum definitio satis demonstrat. Et licet institutionis titulo eam jure novissimo relinqui necesse sit, ut honoratiore liberi titulo & pinguiore muniti essent; tamen nulla, quantum ad personas actione ad supplementum conveniendes, mutatio invenitur facta, sed magis confirmatum jus antiquum per *d. novell.* 115. *cap.* 5. Ne dicam, liberos ita titulo institutionis honoratos effectu inspecto etiam jure novo legatariis quantum ad legitimam, tanquam bonorum, non hæreditatis partem, similes remansisse; quippe quibus certas res institutionis titulo pro legitima relinqui sufficit ad excludendam inofficiosi querelam: *d. novell.* 115. *cap.* 5. ex re autem certa instituti pro legatariis habentur: *d. l. quotiens* 15. *C. de hæred. instituend.* & hanc sententiam fovet Guido Papa *decis.*

cis. 82. n. ult. Boerius decis. 145. Radelantius *Curiæ Ultraject. decis.* 43. n. 12. *in fine & n.* 13. Papon *libr.* 20. *tit.* 7. *arrest.* 4. Neque hisce adversatur *l. si ex patronis* 10. *l. libertus sub conditione* 20. *§. libertus* 2. *& §. idem servari* 3. *ff. de bonis libertor.* unde probari quidam putant, pro rata contra hæredes & legatarios actionem ad supplementum intentandam esse. Primo namque non de legitima eorum, quibus jure sanguinis debita est, illic agitur, sed de ea, quæ patrono ex civili ratione est constituta; a qua ad legitimam jure sanguinis debitam non recte argumentum fieri, superius monitum *n.* 54. Sed & deinde contra legatarios patronum agere ad supplementum legitimæ, non inde apparet: sed potius adversus hæredes singulos pro ea parte, qua hæredes sunt; ut inspicienti *d. l.* 10. *& d. l.* 20. *§.* 2. patebit, & ex *l. in servitutem* 16. *§. ult. l. si libertus* 34. *l. Julianus* 44. *ff. eod. tit.* manifestum est. Et quod dicitur in *d. l.* 20. *§. idem* 3. *tantum Titio legatario detrahi, quantum ab hærede pro rata parte;* id ad quartæ Falcidiæ detractionem referri debere existimo; ut scilicet hæres, pro qua parte supplevit patrono, quod legitimæ defuerat, pro eodem legatario detrahit ex legato, cui ob præstitam patrono legitimam totum legatum non poterat salvum esse ob intervenientem Falcidiæ rationem: simili plane locutione, qualis est in *l. pœnales actiones* 32. *§. si Titio* 4. *ff. ad leg. Falcid.* Vide varie sentientes Berlichium *part.* 3. *conclus.* 13. *n.* 10. *& seqq.* Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 120. *n.* 13. Costalium *ad l.* 25. *ff. h. t.* Plane, si pater quid filiæ reliquerit nomine legitimæ, filios autem & nepotes ex illa filia instituerit, ac filia queratur minus sibi relictum esse, supplementumque petat, non omnes instituti, sed soli ex filia nepotes, hoc supplementi onus sustinent; quippe quibus materna portio ex testamento obtigit, ut ita inter liberos æqualitas servetur. D. Joh. a Someren *de repræsentatione cap.* 5. *n. ult.*

71 Tendit hæc ad supplementum actio ad id, ut suppleatur quod deest legitimæ: adeoque supponit hæc actio, aliquid jam testamento fuisse assignatum, sed quia minus quam par est relictum erat, alia debere relictis addi: *§. sed hæc ita* 3. *Instit. h. t. l. omnimodo* 30. *C. h. t.* cui consequens est, ut si quis, nulla re vel quantitate in testamento legitimæ nomine relicta, exhæredatus fuerit, aut præteritus, nequaquam ad hanc de supplemento actionem admittendus sit, sed potius ad querelam inofficiosi testamenti: arg. *d. §.* 3. *Instit. h. t.* Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 99. *in fine*: etiamsi ei inter vivos titulo dotis aut alio simili tantum datum esset, quantum ad legitimam constituendam sufficere poterat: percepturus scilicet hæreditatem totam jure intestati, & ita tanquam ex clausula codicillari gravatus universali fideicommisso duas quartas, legitimam & Trebellianicam, secundum ante exposita deducturus; ac ne in legitimam quidem imputaturus sibi inter vivos data, nisi positis illis terminis, quibus descendens succedens ascendenti, cum aliis descendentibus ad dotem & similia cæteris cohæredibus conferenda obstrictus est, secundum collationis naturam, de qua *tit. de collation.* vel nisi nominatim dationi inter vivos adjectum fuerit, hæc inter vivos data in legitimam imputanda esse: *l. si quando* 35. *§. & generaliter* 2. *C. h. t.*

72 Non minus hisce consentaneum est, exhæredatum talem, cui nihil legitimæ nomine datum est, si aliquo facto testamentum & exhæredationem comprobaverit, neque ad querelam admitti; quippe qua sese per comprobationem, secundum ante tradita, spoliavit; neque ad actionem ad supplementum; quippe quæ prærequirit, aliquid fuisse testamento datum. Et licet quandoque in jure etiam minus dicatur habere, qui revera nihil habet, & minus ei tributum in actione tributoria, cui nihil tributum est: *l. illud quoque* 7. *§. si cujus* 2. *in med. ff. de tribut. act. l. minus solutum* 52. *l. verbum amplius* 82. *l. si ita a te* 150. *ff. de verbor. signif.* tamen ut ei, cui nihil penitus testamento datum est, actio ad supplementum accommodaretur, quasi minus datum esset, dum nihil datum, non permittunt leges superius allegatæ: *§.* 3. *Instit. h. t. l.* 30. *l. pen. C. h. t.*

73 Quod si in ferenda de inofficioso testamento sententia dissentiant pari numero judices, pro testamento contra exhæredatum pronunciandum est, ita suadente non tantum jure aeorum, in pari causa potiore habito, quales plerumque in hac materia qui testamento instituti: arg. *l. inter pares* 38. *ff. de re judicat.* sed & (si eos aliquo in casu actores concipias juxta *l. Papinianus* 8. *§. si filius* 13. *ff. h. t.*) urgente ipso testamentorum favore ac humanitate: *l. si pars* 10. *ff. h. t.* Quamvis enim odiosa fuerit credita passim interpretibus exhæredatio, ideoque nulla fuerit interpretatione adjuvanda: *l. cum quidam* 19. *ff. de liberis & posthumis*, superatum tamen fuit in hoc dubio odium exhæredationis prætensum favore testamenti & institutionis: tametsi vere nullum odium exhæredationis in jure nostro apparet, sed tantum favor talis ei denegatur qualis institutionem comitatur, ut ante dictum.

74 Sed nec illud prætereundum, ei, qui per querelam victor evasit, adversario ab illa sententia ad superiorem appellante, interim ab hærede instituto & victo alimenta pro modo facultatum subministranda esse, quoties id urget inopia conquerentis: *l. si instituta* 27. *§. de inofficioso* 3. *ff. h. t.* maxime, cum exhæredato non soleat tribui bonorum possessio ex Carboniano edicto, dilata in tempus pubertatis querela: *l. qui de inofficioso* 20. *ff. h. t. l.* 1. *§. Pomponius* 8. *ff. de Carbonian. edict.*

TITULUS III.

De Hæreditatis petitione.

Summaria.

1 *Quid sit petitio hæreditatis; cur, & quo sensu sit actio mixta in rem & in personam ex quasi contractu? durat triginta annis.*

2 *Est & bonæ fidei.*

3 *Quibus competat? an ex testamento recte petat, qui petiit prius ab intestato, & vice versa? An uno libello cumulari possit petitio ex testamento & ab intestato? Quibus utilis petitio detur?*

2.

4 *Qui petit hæreditatem ab intestato, probare non tenetur, defunctum intestatum decessisse, sed tantum, se proximum esse.*
5 *Qui eam petit ex testamento, si illud producat, probare non tenetur, illud postremum esse, aut vitio carere.*
6 *Qui eam petit ab intestato ab extraneo, probare non tenetur, se proximum esse, sed sufficit, quod se cognatum doceat: secus, si petat ab alio itidem cognato.*
7 *Contra quos detur? qui pro hærede, qui pro possessore dicantur possidere, aut pro talibus habeantur?*
8 *Datur & contra eos, qui dolo desierunt possidere, vel liti se obtulerunt. Qui si actori satisfecerint, an liberetur verus possessor jure civili aut hodierno?*
9 *Etiam contra eos, qui de rei hæreditariæ possessione vi dejecti sunt, aut rerum hæreditariarum pretia possident, & similes: an etiam contra debitores hæreditarios?*
10 *An contra possidentes titulo singulari? an contra emptores hæreditatis, quive eam in dotem acceperunt, eorumque hæredes, utilis petitio detur?*
11 *Quid juris sit circa fructuum restitutionem, cum emptor hæreditatis utili actione convenitur?*
12 *Quid juris, si filiusf. aut servus hæreditatis possessor sit?*
13 *Quæ restituenda sint in hac actione?*
14 *Quæ non restituantur? an pœnæ per possessores exactæ? an res ipsi possessori emtæ? an servitutes prædiales aut personales?*
15 *Quid intersit inter bonæ & malæ fidei possessorem in hac actione circa restitutionem fructuum naturalium, civilium, pensionum, usurarum, & circa periculum nominum ex collocata fœnori pecunia hæreditaria?*
16 *Quid intersit inter bonæ & malæ fidei possessorem, si res hæreditariæ neglectæ, consumptæ, erogatæ sint, & quo usque bonæ fidei possessor de rebus consumptis teneatur?*
17 *Si res hæreditariæ ante vel post litem contestatam perierint, an, & quando pereant bonæ vel malæ fidei possessori? Quid juris, si possessor hæreditatis debitores hæreditarios non interpellaverit, & ita inopia debitoris aut præscriptione actio inutilis facta sit?*
18 *Quid intersit inter bonæ & malæ fidei possessorem circa restitutionem pretii, quoties res hæreditariæ ante vel post litem contestatam ex necessitate vel libera voluntate per eos distractæ sunt, sive privatim, sive publica auctione?*
19 *Qui hac conveniuntur actione, vicissim indemnes servandi, si occasione rerum hæreditariarum caverint, si hæreditario nomine æs alienum aut similia solverint, & quid juris, si indebitum solverit bonæ vel malæ fidei possessor ante vel post litem contestatam?*
20 *An bonæ vel malæ fidei possessor restituens deducere ex hæreditate possit, quod sibi ex hæreditate debitum?*
21 *Quales impensas in res ipsas hæreditarias, non fructuum intuitu factas, deducat aut tollat bonæ & malæ fidei possessor? & quid circa hæc intersit inter hanc actionem & rei vindicationem?*
22 *Si impensæ ad fructuum perceptionem factæ sint, vel tales, quæ cum usu solent compensari, an, & quo usque eas bonæ & malæ fidei possessor recuperet?*
23 *Nulla actione, sed sola retentione possessor hæreditatis impensas recuperat, exceptis paucis casibus; & quid moribus?*
24 *An & pro illiquidis impensis retentio possessori detur, & an res restituere compellendus sit oblata sibi cautione de illiquidis restituendis cum liquidæ erunt?*
25 *Pendente petitione hæreditatis, legatarii & creditores hæreditarii agere possunt contra actorem vel reum. An & actor aut reus, pendente hoc judicio, debitores hæreditarios aut rerum hæreditariarum possessores convenire possint? An reus petitionem hæreditatis repellere possit exceptione præjudiciali falsi testamenti?*
26 *An ad hanc actionem movendam jurisdictio per arrestum fundari possit?*

1. Hæreditatis petitio est actio civilis primario in rem, mixta tamen propter præstationes personales, bonæ fidei, qua quis contendit hæreditatem suam esse, eamque sibi ab eo, qui pro hærede vel pro possessore possidet, restitui. Primario in rem esse hanc actionem vix ambigitur, eo quod petitor hic in rem agere dicitur: *l. si bonæ fidei* 49. *ff. h. t.* & id ipsum abunde demonstrat tum *vindicationis* tum *petitionis* vocabulum, quo proprie in rem actiones denotari constat: *l. legitimam* 8. *ff. h. t. l. hæreditas* 3. *Cod. h. t.* junct. §. *appellamus* 15. *Inst. de actionib. l. pecuniæ verbum* 178. §. *actionis* 2. *ff. de verb. signif.* Mixtam tamen esse propter præstationes personales, rescriptum in *l. hæreditatis* 7. *C. h. t.* Quamvis enim in rei vindicatione, & aliis actionibus, fructuum quoque restitutionem venire haud negandum sit, tamen non tam jure actionis, quam judicis officio id contingere verum est; cum fructus non augeant rem singularem, nec, re per singulare judicium vindicata, videri possint vindicati fructus jam separati, & ita non amplius partem rei singularis constituentes: contra vero augeant ipso jure hæreditatem, utcunque jam a solo aut principali re separati, sic ut quisquis hæreditatem petit, etiam simul censeri debeat ipsos petiisse fructus, non velut rei, unde provenerunt, sed magis ut hæreditatis, juris illius universalis, partem, seu sub universali jure comprehensam: jure scilicet universali facilius, quam corpore singulari, augmentum admittente: *l. si post* 2. *C. h. t. l. non est ambiguum* 9. *C. famil. erciscund. l. item veniunt* 20. §. *item non solum* 3. *ff. h. t.* Et, ut apertius dicam, considerandum est, petitionem hæreditatis actorem persequi & ea, in quæ defunctus jus aliquod habuit, & ea in quæ nullum ipsi tempore mortis jus erat quæ-

quæsitum. Illa quidem, in quæ jus defuncto competiit, petuntur ex jure in re, in quantum actor, ex aditione hæreditatis hæres factus, in universum successit defuncti jus, sub quo tam bona defuncti propria, quam commodata eidem, aut pignori data, aut deposita, aliaque similia sunt comprehensa; cum hæreditas juris nomen sit, & juris intellectum habeat, ac universitatem quandam successionis non singulas res demonstret: *l. hæreditas* 50. *ff. h. t. l. hæreditatis* 119. *l. bonorum appellatio* 208. *ff. de verbor. signif.* At ex adverso ea, in quæ nullum jus defunctus habuit, ex jure in re nequaquam hæres hac actione persequitur; quippe in quas cum nullo gauderet jure defunctus, nec hæres jus ullum ex defuncti persona sibi potuit arrogare: sed magis is, qui pro hærede vel possessore possidet, ex quasi contractu, puta gestione vel facto, est obligatus. Etenim quinario præcise numero, *in tit. Inst. de oblig. ex quasi contractu* proposito, adstringere ac circumscribere velle omnes quasi contractus, erroneum est; eo quod & condictio causa data causa non secuta ex quasi contractu descendit; & generaliter, ubi extra id quod agitur tacita obligatio nascitur: *l. is, qui* 13. *in fine ff. commodati*. Quin & jurisjurandi delatione, & judicio quasi contrahi, manifestum est ex *l. licet* 3. §. *idem scribit* 11. *ff. de peculio l. qui jurasse* 26. §. *ult. ff. de jurejur.* junct. *l. inter stipulantem* 83. §. *si Stichum* 1. *ff. de verbor. obligat.* Simili ratione, si possessor hæreditatis fructus perceperit, vel ex rerum hæreditariarum distractione pretium redegerit, vel defuncto debitum a debitoribus hæreditariis exegerit, vel ex hæreditaria pecunia res comparaverit hæreditati necessarias, vel res hæreditarias reddiderit dolo culpave deteriores, incipit protinus hæredi vero ex quasi contractu ad hæc omnia restituenda vel præstanda obstrictus esse: *l. sed & si* 25. §. *petitio* 18. *ff. h. t.* junct. *l. item veniunt* 20. §. 1. 2. 3. *ff. h. t.* Cum ergo neque pretia rerum, neque id quod a debitoribus exactum est, nec res nummis hæreditariis empta, aliaque similia, unquam defuncti fuisse certum sit; & tamen hæc omnia petitione hæreditatis hæres persequatur, tanquam jus illud hæreditarium hæredi quæsitum augentia, aut in locum rerum ex ea hæreditate diminutarum surrogata; manifestum puto, cur, & quo sensu hæc actio *mixta* fuerit ab Imperatore appellata. Quia vero mixta est, ideo quoque ex actionum personalium natura id habet, quod non decem aut viginti, sed tantum triginta annorum præscriptione perimitur: *l. hæreditatis* 7. *C. h. t. l. hæreditatem* 4. *C. in quib. caus. cessat longi temp. præscript.* Parladorius *rerum quotid. lib.* 1. *cap.* 1. §. 11. n. 5. *& seqq.*

2 Sed & bonæ fidei esse hanc actionem, a Justiniano constitutum est; licet de eo olim fuisset disceptatum: §. *actionum autem* 28. *in fine Instit. de action. l. ult.* §. *ult. C. h. t.* adde Cujacium *lib.* 3. *observ.* 17.

3 Competit autem hæredi vero, sive per se sive per personas suæ subjectas potestati, velut servos aut filiosfamilias, hæres sit; sive ex testamento, sive ab intestato, & adierit hæreditatem: *l.* 1. 2. 3. *ff. h. t.* ut tamen potior sit causa hæredis instituti, eoque demum deficiente hæres ab intestato veniat admittendus: *l. si scripti* 9. *C. h. t.* Quod si quis hæreditatem ex testamento petens succubuerit, deinceps eandem ab intestato petere non prohibetur; eo quod hæreditatem petens ex testamento, quod putat valere, legitimam non videtur repudiasse hæreditatem: *l. legitimam* 8. *ff. h. t. l. Paulus respondit* 46. *ff. de bonis libertor. l. mater* 19. *in med. ff. de inoff. testam.* & vice versa, si quis ab intestato petierit ac succubuerit, posteaque resciverit, se testamento institutum esse, non vetatur ex testamento petere; eo quod videri non potuit per aditionem hæreditatis, quasi ab intestato delatæ, repudiasse hæreditatem, quam sibi testamento delatam ignorabat: *l. nec is* 17. §. 1. *ff. de acquir. vel omitt. hæred.* Quod si actor simpliciter hæreditatem petat, nec exprimat, utrum ex testamento an ab intestato hæres sit, petente adversario id exprimere tenetur, repellendus alloquin obscuri libelli exceptione ex generalibus juris principiis, *tit. de edendo traditis*. Cui consequens est, ut merito reprobetur eorum sententia, qui putant, uno libello cumulari posse petitionem hæreditatis ex testamento & ab intestato; non tantum, quia jure Romano plures actiones uno libello comprehendi prohibitum, ut dixi *tit. de edendo*; sed &, quia duo contraria, quæ simul consistere nequeunt, qualis est successio testati & intestati, non possunt ejusdem litis fundamentum esse: arg. *l. ult. C. de codicillis*. Boerius *decis.* 33. Ant. Matthæus *de successionibus disput.* 20. *n.* 10. Mynsingerus *cent.* 3. *observat.* 25. Utilis quoque hæreditatis petitio datur emptori hæreditatis, cum hæredis vice sit: *l. ei, qui* 54. *ff. h. t.* junct. *l.* 2. §. *cum quis debitori* 18. *ff. de hæred. vel act. vend.* ut & marito, cui uxor hæreditatem in dotem dedit: arg. *l. nec ullam* 13. §. *apud Marcellum* 10. *ff. h. t.*

4 Cæterum qui hæreditatem ab intestato petit, probare non tenetur, eum, de cujus hæreditate agitur, intestatum esse mortuum, sed sufficit, quod se proximum adeoque legitimum esse hæredem docuerit: quo demonstrato, totum actionis fundamentum adstructum est, neque deinceps incumbit suam probare exceptionem, qua legitimum testamentaria dispositione contendit a jure per leges dato exclusum esse; cum utique reo incumbat exceptionis suæ veritatem adstruere; non vero actori, nulla exceptione suam posse intentionem elidi: *l.* 1. *ff. de exceptionibus*: *l. quingenta* 12. *l. in exceptionibus* 19. *ff. de probationibus*. Eoque facit, quod ab ea parte, quæ dicit, adversarium suum ab alioque jure prohibitum esse, vel exclusum specialiter lege vel constitutione, id ipsum probari oportere, Paulus respondit *l. ab ea parte* 5. *ff. de probation.* ac proinde etiam necesse est, ut testamentariam dispositionem, qua legitimus quasi lege, a jure succedendi prohibitus dicitur, contradictor probet. Quibus accedunt non temere spernenda Juris axiomata, affirmanti, adeoque contendenti testamentum esse factum, incumbere probandi onus; nec ea, quæ facti sunt, in dubio præsumi, sed probationibus legitimis esse demonstranda. Fachineus *lib.* 6. *controvers. cap.* 46. Mantica *de conject. ult. voluntat. lib.* 2. *tit.* 1. *per tot. & præcipue n.* 11. Menochius *de præsumpt. lib.*

lib. 4. præsumpt. 1. Mascardus *de probationibus vol.* 2. *conclus.* 939. ad verbum *intestatus*. Nec contrarium est in *l. si emancipati* 9. *C. de collationibus*; cum *probatio* illic proposita non ad testamentum pertineat, sed tantum ad emancipationem; dicitur enim, *si nec ullum testamentum relictum est, vel novissimum judicium communis patris, teque emancipatum probatum fuerit*. Ne dicam, eos quoque in jure nostro dici probare, qui ab adversa parte prolata diluunt, docendo, verbi gratia, testamentum, ab adversa parte productum, inutile esse, aut falsitate laborare; juxta *l. D. Pius* 5. §. *pen. ff. h. t.* quo modo & rei criminum & hæredes eorum innocentiam dicuntur probare, quos tamen ut ut nihil probantes, sed argumenta tantum ad convincendum ab accusatore adducta diluentes ac enervantes, absolvendos esse, ex principiis juris manifestum est: *l. quicunque* 2. *C. de requirendis reis: l. ult.* §. *ult. ff. de bonis eor. qui ante sent. mortem sibi consciv.*

5 Eodem juris fundamento, qui hæreditatem ex testamento petit, eodem prolato, probare non tenetur, nullo alio posteriore testamento illud infirmatum aut revocatum esse, aut vitio nullo laborare; sed magis is, qui id ratione quacunque infirmatum contendit: *l. si scriptum* 11. *C. de probationibus: d. l.* 5. §. *pen. ff. h. t.* Mantica *de conject. ult. voluntat. d. lib.* 2. *tit.* 1. *n.* 11.

6 Quin imo, si ab intestato hæreditatem quis vindicet ab eo, qui extraneus est, nec jure sanguinis succedere potuit, ne necesse quidem erit, ut se proximum probet defuncti cognatum esse, sed sufficit, quod se cognatum doceat, quo probato, possessoris esset demonstrare, actorem, ab aliis proximioribus & ita jura potiora habentibus succedere impeditum esse. Si enim affirmanti probatio incumbat, non neganti, & omnis assertio, qua quis se proximum defuncto esse ait, pro fundamento habeat negationem illam, alium nullum esse proximiorem, necesse est, ut extraneus possessor confessione propria nullum jus habens, doceat, illum, qui tamquam cognatus ad successionem ab intestato venire potest, ab alio jura potiora habente exclusum esse: præsertim, si consideres, non præcise requiri, ut, qui ab intestato successionem vindicat, cognationis vinculo proxime defunctum contingat, utpote & hæreditatem civilem & prætoriam bonorum possessionem agnoscere sibique arrogare valens ex successorio edicto, quoties gradu proximior eam petere noluerit ac vindicare: *l. si aviæ* 2. *C. de successor. edicto:* sic ut fundamentum intentionis in casu, quo extraneus possessor est, tantum sit vinculum sanguinis, non item gradus proximitas; cum cognatus, utcunque remotissimus, quamvis a proximioribus cognatis excludatur, extraneum tamen ipse eo unico, quod cognatus est, in totum ab omni & successionis & possessionis jure excludat. Contra quam statuendum foret, si hæreditatis possessor ipse quoque cognatus esset: tunc enim non aliter petitor hoc judicio possidentem superare posset, quam si se probaverit esse ipso possessore proximiorem ei, de cujus agitur hæreditate; eo quod tunc non in solo sanguinis vinculo, quod & possessori & petitori commune est, sed in gradus proximitate unicum est positum intentionis fundamentum. Mascardus *de probationibus vol.* 3. *conclus.* 1252. ad verbum, *proximior.* Tyraquellus *de retract. gentil.* §. 11. *gloss.* 1. *n.* 8. 9. 10. Covarruvias *variar. resolut. lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 6. Responsa JCtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 332. (*revera*) 232. *n.* 1. 2 3.

7 Datur adversus eum, qui pro hærede vel pro possessore possidet; adeo ut & jure singulari cogatur reus conventus dicere titulum possessionis suæ, utrum pro hærede possideat, an pro possessore: *l. cogi* 11. *C. h. t.* Sed & adversus horum hæredes datur, etiamsi hi ignorent, pro hærede vel pro possessore defunctum possedisse: *l. nec ullam* 13. §. *Neratius* 3. *ff. h. t. l. si post.* 2. *C. h. t.* Pro possessore quidem possidere censetur, qui nullo jure rem hæreditariam vel totam hæreditatem, sciens ad se non pertinere, possidet: §. *adipiscendæ* 3. *Instit. de interdictis*: nec ullum allegare potest possessionis titulum, sed interrogatus *cur possideat*, responsurus est, *quia possideo*, ne per mendacium quidem contendere audens, se hæredem esse; quales fures & prædones: *l. pro hærede* 11. §. 1. *l.* 12. *l.* 13. *ff. h. t. l. hæc actio* 13. §. 1. *ff. de servo corrupto*. Quibus & accensendi, qui tacitam fidem accommodarunt, ut incapaci restituerent hæreditatem: *l. prædonis* 46. *ff. h. t.* & quotquot titulo quidem aliquo muniti sunt, sed tali, qui ipso jure nullus est, quales qui emerunt a furioso, quem putabant sanæ mentis esse, aut in dotem acceperunt a puella duodecim annis minore, aut a conjuge per donationem; cum constet, neque venditionem neque donationem dotisve dationem his in casibus posse efficacem esse: *l. nec ullam* 13. §. *omnibus* 1. *ff. h. t.* Pro hærede vero præcipue quidem ille possidere dicitur, qui bona fide se hæredem esse opinatur, cum non sit: *l. pro hærede* 11. *ff. h. t. d.* §. *adipiscendæ* 3. *Instit. de interdictis*: sive in facto, sive in jure erret: eo quod ipse quoque juris error alienæ rei conscientiam, malamque adeo fidem, excludit: *l. sed etsi* 25. §. *scire* 6. *ff. h. t.* Nec est, quod quem turbet, juris errorem non prodesse acquirere volentibus lucrumque captantibus: *l. juris ignorantia* 7. *ff. de juris & facti ignorantia*: cum possessor bonæ fidei in hac materia non de lucro captando agat, sed tantum de damno evitando; quippe obstrictus ad restituendum, quatenus locupletior factus est, omni lucro ei auferendo: *l. post Senatusconsultum* 28. *ff. h. t.* Interim tamen & eum, qui mala fide possidet, non pro possessore, sed pro hærede possidere obtinuit, quoties justum habet validumque titulum, dum sciens emit alienam hæreditatem: nemo enim prædo videri poterat, qui pretium numeravit; *l. nec ullam* 13. §. *si quis sciens* 8. *ff. h. t. l. nemo prædo est* 126. *ff. de reg. jur.* reprobata Juliani sententia, quæ non tantum proponitur in *d. l.* 13. §. 8. sed & in *l. non solum* 33. §. *quod vulgo* 1. *ff. de usurpat. & usucap.* Licet autem hactenus pro hærede possidere censeatur, qui sciens emit, ut pro prædone habendus non sit; non tamen ideo bonæ fidei possessoribus annumerandus est, sed magis illis, qui mala fide possident; sic ut & ea, quæ de malæ fidei possessoribus deinceps tradenda e-

erunt, ad hunc quoque scienter ementem porrigenda sint. Nam si ille pro malæ fidei possessore habendus sit, qui hæreditatem emit, de qua controversia est; multo magis huic classi accensendus erat, qui non dubius tantum propter controversiam motam, sed plane certus est, alienam esse hæreditatem: arg. *l. si post motam* 2. *C. h. t.* Ant. Matthæus *de auctionibus lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 53.

8 Insuper adversus eos datur, qui, cum non possiderent, liti tamen sese obtulerunt tanquam possidentes, cum actor eos possessione destitutos esse ignoraret, saltem ut præstent id quod interest, actorem non fuisse deceptum: *l. nec ullam* 13. §. *non solum* 13. *l. sed etsi* 25. §. *quod ait* 2. & *seqq. l. qui se liti* 45. *ff. h. t. l. si is, qui* 7. *l.* 25. 26. *ff. de rei vindicat.* Groenewegen *ad l.* 36. *ff. de rei vindic.* quippe dolo malo possidere desierunt, dolus quippe pro possessione est: adeo ut, si per multos ambulaverit possessio, quo omnes dolo desierunt possidere, singuli tanquam possessores possint conveniri. Idemque est, si possessionem dolo noluerint admittere: *l. nec ullam* 13. §. *pen. l. sed & si* 25. §. *perinde, inquit* 8. *ff. h. t. l. sin autem* 27. §. 3. *ff. de rei vindicat.* junct. *l. qui dolo* 131. *l. parem esse* 150. *l. ad ea, quæ* 157. §. 1. *ff. de regul. juris.* In hæredes tamen eorum, qui dolo possidere desierunt, non in amplius dabitur hæc, vel potius in factum actio, quam quatenus ad eos pervenit: *l. si in rem* 51. *l. cum autem* 52. *ff. de rei vindicat.* nisi lis cum defuncto jam contestata fuerit: quippe quo casu & ex dolo defuncti in solidum condemnandi forent, & ex dolo proprio propriaque culpa: arg. *l. si in rem* 42. & 51. *ff. de rei vindicat.* Quid in iis obtineat, qui culpa ante litem contestatam desierunt possidere, patet ex iis, quæ de intercedentibus inter bonæ & malæ fidei possessores differentiis hoc *tit. in seqq.* tradita sunt. Quod si hi, qui vere non possidebant, sed juris interpretatione pro possessoribus habebantur, litis æstimationem præstiterint, cum non tam rem, quam potius doli sui pœnam præstitisse censeantur, verus possessor adhuc de re ipsa restituenda efficaciter conveniri potest, ex juris Romani rigore: *d. l.* 13. §. *pen. in fine ff. h. t. l. si is, qui* 7. *ff. de rei vindicat.* Secus quam obtinuit, si prius conventus possessor verus rem aut æstimationem præstiterit, vel necdum conventus paratus tamen fuerit judicium pati aut præstare æstimationem; liberatur enim his in casibus, qui dolo desierat possidere: *d. l.* 13. §. *pen. ff. h. t. l. Stichum* 95. §. *dolo fecisti* 9. *ff. de solutionibus.* Cæterum, cum in actionibus rei persequendæ causa comparatis, (qualis & hæreditatis petitio est, & rei vindicatio, & aliæ similes) improbus esse ac dolo facere censeatur, qui velit iterum consequi, quod accepit, & ita bis idem petere: *l. si quis dolo* 51. §. 1. *ff. de re judicata*: & in noxalibus judiciis id tanquam æquum Romani probaverint, ut possessor liberetur, quoties is, qui servum aut animal, a quo damnum datum, dolo desierat possidere, vel liti se obtulerat, actori satisfecit: *l. si quis* 8. *l. qui servum* 20. *ff. de interrog. in jure fac. l. de illo* 24. 25. 26. *ff. de noxal. action.* non video, cur non & in nostro casu moribus hodiernis vetus possessor liberetur, ubi is, qui dolo possidere desiit, actori id quod interest exsolvit perinde ac si vere possideret: maxime, si consideretur, præter id quod interest, vix ullo in casu pœnarum, privatis ex actione privata applicandarum, persecutionem nunc amplius vigere; teste Groenewegio cum multis aliis *ad rubricam Cod. de pœnis*: confer *tit. de interrogat. in jure faciendis n. ult.*

9 Quid? quod & hæreditatis petitio adversus eos datur, qui sine dolo malo possidere desierunt, cum ab initio pro hærede possedissent, quales, qui de rei hæreditariæ possessione vi dejecti sunt, aut rem hæreditariam vendiderunt, & necdum soluto pretio tradiderunt, vel quasi ex causa fideicommissi hæreditatem aut rem singularem hæreditariam præstiterunt; aut jubentes marito dederunt in dotem; ad id saltem, ut interdictum unde vi ad rem recuperandam, aut actionem ex vendito ad persequendum pretium, aut indebiti condictionem ad legata vel fideicommissa soluta repetenda hæredi cedant: *l. nec ullam* 13. §. *item erit* 5. & §. *apud Marcellum* 10. *l. quod si in diem* 16. §. *Julianus* 4. & §. 5. & §. *ult. l. Idem Julianus* 35. *ff. h. t.* Multoque magis adversus eos, qui pretia rerum hæreditariarum, aut debita hæreditaria exacta possident; quive, cum debitores essent hæreditarii, solvere hæredi recusant ex eo, quod se hæredes esse, & extinctum confusione debitum arbitrantur, atque ita quasi juris possessores sunt: *l. nec ullam* 13. §. *ult. l.* 14. 15. *l.* 16. *pr.* & §. *non solum* 3. *l. si & rem* 22. *l. filiifamilias* 34. §. 1. *l.* 36. *ff. h. t.* nam si ob id debiti hæreditarii solutionem detrectent, quod dubitant, an hæres sit, qui hæreditaria debita persequitur, non hac, sed magis actione ea, qua & defunctus experiri debuerat, conveniendi sunt: *l. si debitor* 42. *ff. h. t.*

10 Licet autem nihil intersit, utrum quis totam hæreditatem possideat possederitve, secundum ante dicta, an partem ejus, aut etiam rem singularem licet minimam: *l. regulariter* 9. *l.* 10. *ff. h. t.* tamen, si particulare donationis, emptionisve, aut alio simili titulo valido, rerum singularium hæreditariarum possessor sit, singulare quoque in rem judicium potius, quam hoc universale in eum dandum foret; etiamsi ab eo emisset, qui pro hærede vel pro possessore possidebat, & ita poterat hæreditatis petitione conveniri; cum emptor rei singularis non sit hæredis loco, aut vicem ejus subeat: *l. hæreditatem* 4. *C. in quib. causis cessat longi temp. præscript. l. hæreditatis* 7. *C. h. t.* Plane, si quis emptionis titulo non res hæreditarias, sed jus hæreditarium sibi comparaverit; aut dotis titulo jus illud ei ab uxore aut pro uxore collatum sit; adversus eum tanquam vicem hæredis gerentem, aut saltem non longe ab eo diversum, vel utilis hæreditatis petitio vel specialis rei vindicatio datur, actoris arbitrio: *l. nec ullam* 13. §. *quid, si quis* 4. §. *item si quis* 9. §. *apud Marcellum* 10. *ff. h. t. l.* 2. *C. h. t.* Parladorius *rerum quotid. lib.* 1. *cap.* 1. §. 11. *n.* 9. & *cap.* 5. adde Fachineum *lib.* 1. *controv. cap.* 4. Cujacium *lib.* 9. *observ.* 25. Idemque juris est in hæredibus eorum, qui ita hæreditatem ab eo, qui pro hæ-

hærede possidebat, emerant: quod JCtum innuere existimo in *l. nec ullam* 13. §. *hæredem* 11. *ff. h. t.* cum ait, *hæredum autem etiam earum rerum nomine, quas defunctus pro emptore possedit, hæreditatis petitione teneri constat*. Actum scilicet fuerat in §. 8. 9. & 10. dictæ legis 13. de illis, qui emptionis aut dotis titulo hæreditatem adepti fuerant ab illis, qui pro hærede vel pro possessore possidebant; ac assertum, eos utili hæreditatis petitione conveniri posse, quasi pro hærede possiderent: sed ut hæredes eorum, qui vere possidebant pro hærede, hac etiam actione teneri, Ulpianus monuerat in hac *l.* 13. §. *Neratius* 3. ita quoque hæredes eorum, qui emerant hæreditatem a putativis hæredibus, hac actione, utili scilicet, interpellari posse in *d.* §. 11. subjungit, ubi defunctus *pro emptore possedisse* dicitur, non quod res singulares emisset, sed quod totam emisset hæreditatem, eamque ita possedisset pro emptore convenienter præcedentibus in §. 8. & 9.

11 In emptore tamen hæreditatis illud singulare est, quod, sive rei vindicatione, sive hæreditatis petitione conveniatur, de fructibus ante litem contestatam ex hæreditate perceptis & consumptis non teneatur, etiamsi locupletior inde factus fuerit, si in bona fide sit: cum enim emptor hæreditatis proprio, eoque singulari titulo possessionis ex empto munitus sit, æquum visum fuit, eum etiam rerum singularum jure conveniri, id est, ita de fructibus teneri, quasi non utili judicio universali, sed particulari rei vindicatione conveniretur: *d. l. si post motam* 2. *C. h. t.* Cæterum si in mala fide emtor fuerit, sciens venditorem hæredem non esse, aut litem de hæreditate jam venditori motam, ad restituendos fructus omnes tum consumptos tum percipiendos obstrictus foret; nam etsi propter titulum & pretii numerationem prædo non sit, ideoque non directa hæreditatis petitione tanquam pro possessore possidens conveniri debeat, sed utili; (quo respectu tantum inter eum & prædonem differentia posita est in *l. nec ullam* 13. §. *si quis sciens* 8. *ff. h. t.*) tamen fructuum intuitu idem in eo, quod in alio quovis prædone, receptum est: *d. l.* 2. *C. h. t.*

12 Quid in filiof. aut servo, eorumque patribus ac dominis pro hærede vel pro possessore possidentibus obtineat, colligi potest ex *l. filiifam.* 34. §. 1. *l.* 35. 36. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* junct. *l. deposui* 38. *ff. de peculio*.

13 Tendit hæc petitio hæreditatis ad id, ut restituantur ea omnia, quæ, cum hæreditaria essent, a reis possidentur, aut secundum ante tradita desierunt possideri; sive defuncti propria, sive ei commodata aut pignori data, aut penes eum deposita, sic ut eorum periculum ad hæredem pertineat: *l.* & *non tantum* 19. *pr.* & §. 2. *ff. h. t.* quæque reus pendente hac actione incepit possidere; cum sufficiat, deberi petenti restitutionem rei ante litem contestatam, ad id, ut is, qui tempore latæ sententiæ possidet, & cum quo facta est litis contestatio, condemnari possit: *l. si hæreditatem* 4. *l. item videndum* 18. §. *si quis* 1. *l. si, quo tempore* 41. *ff. h. t.* Adde *tit. de rei vindicat.* Insuper, quæ hæreditatis causa comparata sunt, sive ex pecunia hæreditaria, sive aliunde: si modo vel necessaria fuerit rerum talium emptio, vel magna saltem hæreditatis utilitas in iis versetur: *l. item veniunt* 20. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* & quæ post mortem hæreditati accesserunt, eandemque auxerunt, fructus, & fructuum fructus, & partus ancillarum: *l. sed & si* 25. §. *ult. l.* 26. 27. 28. *d. l.* 20. §. *item non solum* 3. *ff. h. t.* ut & usuræ fructuum ante, non post litem contestatam, perceptorum: *l. hæres* 51. §. 1. *ff. h. t.* lucra quoque, non honesta tantum, sed & inhonesta; ne honesta interpretatio, inhonesto quæstui adhibita, lucrum possessori faciat: *l. post senatusconsultum* 28. *l. si possessor* 52. *l. evicta* 55. *ff. h. t.* Adde Gothofred. *ad d. l.* 52. Denique actiones, quas possessor hæreditatis, qua talis, acquisivit; quippe quas cedere victori debet; veluti condictionem ex mutuo, si hæreditaria pecunia data sit; vel actionem ex empto, si res hæreditariæ divenditæ; vel interdictum unde vi aut de precario, si tertius a possessore vi vel precario res hæreditarias cœperit possidere: *l. quod si in diem* 16. §. *Julianus* 4. & §. 5. *l. Julianus scribit* 30. *l. illud quoque* 40. §. *actiones* 2. *ff. h. t.*

14 Non tamen restituenda per possessorem pœna, si quam consecutus sit non tam occasione rei, quam occasione propriæ personæ: atque adeo, licet reddere teneatur, quod ex lege Aquilia in duplum ob infiociationem adversarii exegit; quodve ex pretio rerum distractarum tardius soluto pœnæ nomine pactus ac consecutus est; nec lucrum alioquin ex eo, quod propter hæreditatem accepit, faciat: *l. utrum autem* 23. §. 1. *l. sed & si* 25. *pr. l. evicta* 55. *ff. h. t.* tamen, si pœnam nactus sit ob id, quod de possessione vi dejectus est, aut quod adversarius hæreditario jure per eum in jus vocatus ad judicium non venit, non compellitur restituere; cum factis hisce non tam hæreditas, quam possessoris persona læsionem passa videatur: *l. at ubi* 24. *ff. h. t.* Similiter nec res, quas possessor ex pecunia hæreditaria, non hæreditatis gratia, sed sua causa, comparavit, hac continentur actione: *l. item veniunt* 20. §. *sed non* 1. *ff. h. t.* Nec servitutes prædiales, quia prædiis cohærent, nec separatim a prædiis concipi possunt, neque quicquam eo nomine potest restitui: sed magis confessoria experiundum actione, quoties quis ire vel agere impeditur: *l. & non tantum* 19. §. *ult. ff. h. t.* vel etiam interdicto quod legatorum, si ponatur facti species isti interdicto apta, dum forte is, cui servitus prædialis legata est, usum ejus sine hæredis voluntate exercet, & falcidiæ deductio facienda est: *l.* 1. §. *unde est quæsitum* 8. *ff. quod legatorum*. Aliter quam sese res habet in personalibus servitutibus, quoties eas contingit ad hæredes transire, dum vel ususfructus alicui pro se & hæredibus constitutus est, vel servitus operarum fuit concessa, juxta *l. antiquitas* 14. *C. de usufr. & habit.* & *l. hominis operæ* 2. *ff. de usu & usufr. &c. legatis*: est enim, quod his in casibus possit restitui, servi nempe ipsi operas præstantes, ut & corpora, in quibus ususfructus constitutus est, quorum possessionem aut saltem detentionem penes usufructuarium esse oportere, haud ambigitur.

15 Sed nec prætermittendæ silentio differentiæ, quantum ad hujus actionis effectum & restituendi necessitatem, inter bonæ & malæ fidei possessorem in-

intercedentes, quas & in fructibus, & rebus hæreditariis consumptis, aut casu peremptis, & rerum distractarum pretiis observare, operæ pretium est. Ex fructibus etenim, sive naturalibus, sive civilibus, puta pensionibus, mercedibusque, nec non usuris ex pretio rerum hæreditariarum distractarum, ante litem contestatam perceptis ac consumptis, non ultra restituendum est, quam quatenus inde locupletior est bonæ fidei possessor tempore rei judicatæ: *l.* 1. §. 1. *C. h. t. l. illud quoque* 40. §. *prædo* 1. *ff. h. t.* junct. *l. si a domino* 36. §. *quo tempore* 4. *ff. h. t. l. mercedes* 29. *ff. h. t.* cum ex adverso malæ fidei possessor ad omnes consumptos reddendos obstrictus sit, una cum usuris eorum: *l. hæres furiosi* 51. §. 1. *ff. h. t.* ut & ad eos, quos honeste percipere potuisset ac debuisset, non vero ad usuras usurarum aut annuorum redituum: *l. sed & si* 25. §. *sed & fructus* 4. *ff. h. t. l. si navis* 62. *ff. de rei vindic.* ad quos etiam pari modo post litis contestatæ tempus tenetur, qui bonæ fidei possessor fuerat; eo quod per litis contestationem, imo post motam controversiam, omnes incipiunt malæ fidei possessores esse; sic ut omnes possessores ex eo tempore pares fiant, & ut prædones teneantur: *l. sed & si* 25. §. *ante litem* 7. *ff. h. t. d. l.* 1. *in fine Cod. h. t. l. si quid possessor* 31. §. *sicut* 3. *ff. h. t.* Neostadius *Cur. supr. decis.* 81. D. Someren *de jure novercarum cap.* 6. *sect.* 2. *n.* 7. & 10. nec dubium, quin, si primo ad tempus bona fide possederit, mox controversia necdum mota scire cœperit, hæreditatem ad se non pertinere, deinceps ut prædo considerandus sit; eo quod, quantum ad fructuum acquisitionem attinet, non initium possessionis, sed singula momenta spectanda sunt: *l. sed & si* 25. §. *de eo autem* 5. *ff. h. t.* junct. *l. qui bona fide* 23. §. *tam diu* 1. *ff. de acquir. rer. domin.* arg. *l. quæsitum est* 40. *ff. de acquir. rer. domin.* Si tamen ipsas pecunias inventas in hæreditate malæ fidei possessor non attigerit, id est, nec usus ipse fuerit, nec fœnori collocaverit, omnino ad usuras conveniri non potest: *l. item veniunt* 20. §. *Papinianus* 14. *ff. h. t.* Licet enim ex rebus hæreditariis talis possessor non fructus tantum naturales, sed & civiles, velut pensiones, percipere teneatur, & navium quoque hæreditariam navigatum mittere vecturæ percipiendæ causa, non tamen hæreditariam pecuniam fœnori collocare, etiamsi verum sit, usuram, sicut vecturam, non natura pervenire, sed jure percipi: eo quod periculum navis possessor nullus petitori præstare cogitur, pecunia autem possessoris fœnori dantis periculo collocatur: *l. si navis* 62. *ff. de rei vindicat.* Et hinc, si re ipsa fœnori dederit, non aliter usuras actor consequetur, quam si nominum ipsorum periculum quoque voluerit subire; atque adeo eligere debet, utrum sortem tantum persequi, an usuras cum periculo nominum agnoscere consultius æstimet: *l. Julianus scribit* 30. *ff. h. t.* cum æquum utique sit, usuras penes eum remanere, cujus periculo sors est: *l. si unus* 67. §. *si unus* 1. *ff. pro socio*: *l. idemque* 10. §. *si mandavero* 8. *ff. mandati.* Quæ rursus aliter in bonæ fidei possessore servantur: quippe cui cum senatus consuluerit, ne teneatur nisi quatenus locupletior factus est, electio etiam tributa fuit, utrum nomina cum eo, quod adhuc restat exigendum, cedere petitori velit, an sortem ipsam una cum usuris perceptis, quatenus locupletior inde factus est, restituere: *d. l.* 30. *ff. h. t.*

16 Res ipsas hæreditarias quod attinet, de iis reddendis malæ fidei possessor tenetur, non tantum si possideat, sed & si vel dolo vel culpa possidere desierit, vel dolo culpave fecerit, quo minus hæreditario nomine adipisceretur, dum forte vel ab aliis vel a se non exegit, & persecutio lapsu temporis perempta est, aut deterior esse cœpit: *l. sed & si* 25. §. *quod ait senatus* 2. & §. *perinde* 8. *l. & non tantum* 19. §. *veniunt* 2. *ff. h. t.* uti &, si dolo aut negligentia ejus prædia sive urbana sive rustica pejora facta sint, dum vineæ, pomaria, horti, præter consuetudinem patrisfamilias culti: *l. ei, qui partes* 54. §. *ult. ff. h. t.* Bonæ vero fidei possessoribus ita senatus consuluit, ut de consumptis rebus in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. Quemcunque igitur sumptum fecerint ex hæreditate, si quid dilapidaverint, perdiderint, dum re sua se abuti arbitrantur, non præstabunt: nec, si donaverint, locupletiores videbuntur, quamdiu remunerationes non acceperint, quamvis donando donatarium sibi reddiderint ad antidora naturaliter obligatum: *l. sed & si* 25. §. *consuluit* 11. *ff. h. t.* Anton. Faber *Cod. libr.* 3. *tit.* 21. *defin.* 8. Cui consequens est, ut si quis ex semisse hæres, putans se ex asse hæredem, partem dimidiam hæreditatis sine dolo malo absumpserit, cohæredi ex semisse hæreditatem vindicanti residuum integrum restituturus non sit, sed tantum dimidiam ejus partem: *d. l.* 25. §. *adeo autem* 15. *ff. h. t.* Quod si contemplatione delatæ hæreditatis lautius vixerit, quam ante solebat; si quidem suo proprio patrimonio lautius usus fuerit, vel aliunde mutuam acceperit pecuniam, ut splendidius se exhiberet, non videbitur eo modo diminuisse hæreditatem, neque quicquam eo nomine inde deducturus est, etiamsi res hæreditarias pro tali mutuo pignori obligasset, eo quod ipse principaliter obligatus est, & accessorium tantum est hypothecæ pignorisve vinculum: *d. l.* 25. §. *si quis re sua* 12. 13. 14. *ff. h. t.* Si vero ex ipsa erogaverit hæreditate, dum vel liberalius hæreditarias expendit pecunias, vel penum hæreditarium comessationibus ac compotationibus maturius consumpsit, id ipsum eatenus hæreditati decessurum est, quatenus lautius contemplatione hæreditatis impendit, quasi in hoc non videatur locupletior factus; sed quatenus ipse ante delatam hæreditatem solebat de suo erogare, & statutos sumptus facere, verius est, ea patrimonio ejus proprio, nequaquam hæreditati, debere imputari; cum non possit non videri locupletior, qui erogat ex hæreditate in eos usus, in quos, etsi hæres non fuisset, de suo tamen fuisset expensurus: *d. l.* 25. §. *quod autem quis* 16. *ff. h. t.*

17 Quod si casu plane fortuito, velut mortalitate, terræ motu, chasmate, naufragio, aliove simili modo res hæreditariæ deperierint, si quidem ante litem contestatam, de iis nec bonæ, nec simplex malæ fidei possessor tenetur: arg. *l. si navis* 62. *ff. de rei vindicat.* sed solus fur aut prædo, qui nul-

lam

lam obtulit hæredi vero restitutionem: arg. *l. si pro fure* 7. §. *ult. l.* 8. *ff. de condict. furtiva.* Sin post litem contestatam, etiam tunc bonæ fidei possessori eam perire durum foret; cum ita fieret, ut vel mortalitatem præstare cogeretur, vel propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere: *l. illud quoque* 40. *ff. h. t.* prædoni tamen temere litem sustinenti quin tunc pereat, non videtur dubitandum: *d. l.* 40. *ff. h. t.* sed & alteri simplici malæ fidei possessori ita eam perire verius est, si actor se eam distracturum fuisse probet, sic ut ei non fuisset peritura, si eo tempore, quo petebatur, protinus fuisset restituta: arg. *l. item: si verberatum* 15. §. *ult. ff. de rei vindicatione: l. de eo* 12. §. *si post* 4. *ff. ad exhibendum: l. item si* 14. §. *quod si homo* 11. *ff. quod met. causa.* Idemque in eo statuendum bonæ fidei possessore, qui post litem contestatam satis intelligens, se ad restituendum adigi debere, litigare tamen maluit quam restituere: arg. *l. nemo rem suam* 82. §. 1. *ff. de verbor. obligat. l. quod te mihi* 5. *ff. de rebus creditis.* Non tamen illud prædoni imputandum, quod debitores hæreditarios non convenerit, atque inde illi vel tempore liberati vel pauperiores facti fuerint; eo quod nullam adversus eos habuit actionem: *l. si quid possessor* 31. §. *illud* 4. *ff. h. t.* arg. *l. si pupilli* 6. §. *ult. ff. de negot. gestis:* licet verum sit, illum & a se ipso debuisse exigere ea, quæ defuncto debebat: *d. ll.* & extraneos debitores ad solvendum interpellare: quippe qua interpellatione extrajudiciali neglecta, obstrictus foret, quoties ob absentiam debitoris, aliamve causam similem, interpellandi occasio non defuerit: quo sensu accipiendus videtur Ulpianus in *l. sed & si* 25. §. *quod aut* 2. *ff. h. t.*

18. De rerum hæreditariarum venditarum pretiis non minor difficultas est; sed distinctionum ope tollenda: aut enim necessaria fuit rerum illarum distractio, dum vel servando servari non poterant, sed tempore deteriores redderentur, vel superfluæ erant & nullius plane utilitatis, oneri magis quam usui futuræ, vel impensa in funus defuncti, aut cibaria familiæ, aut res reliquas hæreditarias, ærisve alieni solutionem, facienda erat: *l. Divus Pius* 5. *l. non solum* 53. *l. item veniunt* 20. §. *simili* 2. §. *hæc adversus* 12. §. *quid, si post* 16. *l. nisi ex re* 35. §. 1. *ff. h. t.* aut nulla urgente tali necessitate ex libero possessoris arbitrio facta est, pretii forte habendi vel negotiandi causa. Et utroque in casu aliud in bonæ, aliud in malæ fidei possessore servari placuit. Si possessor bonæ fidei necessitate vel voluntate libera rem vendiderit ante litem contestatam, de pretio non in solidum tenetur, sed tantum eatenus, quatenus inde locupletior factus est; eo modo, quo id in ipsis rebus hæreditariis consumptis obtinere supra dictum est; quia potest existimari, in locum hæreditariæ rei venditæ pretium ejus successisse, & quodammodo ipsum hæreditarium factum: *l. si & rem* 22. *circa fin. l. utrum* 23. *l. sed & si* 25. §. *item, si rem* 1. *ff. h. t.* ut tamen a litis contestatæ tempore ad pretii etiamnum residui usuras præstandas damnandus sit: *l.* 1. §. 1 *C. h. t.* Neque hoc casu liberum est hæredi, emptorem efficaci convenire rei vindicatione; in quantum emptor conventus sese ex persona venditoris tueri poterit: ne alioquin re evicta, emptor de evictione adversus venditorem experiatur; & ita contingat, bonæ fidei possessorem effectu inspecto in plus teneri, quam quatenus locupletior factus est: *l. sed & si* 25. §. *item si rem* 17. *ff. h. t.* Quod si mala fide possidens res hæreditarias ante litem contestatam vendiderit, si quidem ex necessitate (eo quo ante expositum sensu) in arbitrio petitoris est, an verum rei distractæ pretium consequi velit, si forte infra justum pretium fuisset divendita; an vero totum id, quod ex venditione possessor redegit, dum supra verum rei pretium pactus est; ne alioquin ex sua malæ fidei possessione lucretur: *l. item veniunt* 20. §. *simili* 2. §. *hæc adversus* 12. *l. nisi ex re* 35. §. 1. junct. *l. si a domino* 36. §. *si prædo* 5. *ff. h. t.* Sin ex libera voluntate seu sine causa, actoris electio est, utrum pretium, seu omne illud, quod ex venditione redactum est, adeoque & ipsum pretii majoris lucrum persequi velit, una cum usuris a tempore litis contestatæ; an potius rem ipsam adhuc penes emptorem aut alium extantem, non deperditam nec diminutam cum fructibus malit computare *d. l.* 20. §. 2. & §. 12. *d. l.* 35. §. 1. *ff. h. t.* Adeo quidem, ut, si rem ipsam alienatam existimet petendam esse, eadem non restituta, per in litem jusjurandum eam æstimaturus sit: *d. l. item veniunt* 20. §. *ult. l.* 21. *ff. h. t.* & si perempta vel diminuta sit penes emptorem, pretii tamen restitutionem propterea malæ fidei possessor non jure declinet; quasi res eodem modo penes verum hæredem fuisset peritura, eo quod absurdum & hic esset, hunc ex sua mala fide pretium lucrari: *d. l.* 20. §. *præter hæc* 6. *in med.* & §. *ult. d. l.* 35. §. 1. *l.* 36. §. *si prædo* 5. *ff. h. t.* Quod si rem hæreditariam possessor per argentarios, & nostro usu per præcones seu auctionarios, vendi curaverit, ac apud eos perdiderit pretium, in bona quidem fide constitutus liberatur, actiones sibi adversus argentarios competentes hæredi cedendo; at mala fide possidens de pretio reddendo omnino tenetur, quia suo periculo male credidit argentariis: *l. item videndum* 18. *ff. h. t.* Ant. Matthæus *de auctionibus lib.* 1. *cap.* 15. *n.* 13. 14. Et hæc ita, si ante litem contestatam distractio contigerit; si enim pendente lite, rerum quidem ex causa seu necessitate venditarum pretia una cum usuris tam bonæ quam malæ fidei possessor præstat; ipsas vero res cum fructibus, si nulla subfuerit necessitas alienandi: *l. item veniunt* 20. §. *quid, si post* 16. *ff. h. t.* Ne dicam, pendente lite, imo & ante litem contestatam post motam controversiam, non aliam, quam necessariam distractionem a prætore permitti, nisi possessor hæreditatis satisdederit petitori pro omni quantitate hæreditatis, vel rerum ejus restitutione: *l. Divus Pius* 5. *pr. ff. h. t.* arg. *l. alienationes* 13. *ff. famil. erciscundæ.*

19. Cæterum uti ad restituendum tenentur hac conventi actione, ita vice versa etiam indemnes servandi sunt, & quidem tam malæ, quam bonæ fidei possessores, si hæreditatis intuitu sese obstrinxerint; veluti si pro rerum hæreditariarum venditarum evictione caverint, aut damni infecti nomine pro rebus

bus hæreditariis vitio suo damnum vicino minitantibus; ipsis enim hæreditatem restituentibus vicissim de indemnitate cavendum foret: *l. item veniunt* 20. *§. sed etsi pen. l. illud quoque* 40. *§. contra quoque pen. ff. h. t. l. ipsi quoque* 19. *ff. de rei vindicat.* Sed & ea, quæ per eos erogata, recuperant: ei enim quædam non in res ipsas hæreditarias aut ad fructuum perceptionem, verum aliter propter hæreditatem expensa sint, dum æs alienum hæreditarium exsolutum, vel legata vere debita legatariis sunt præstita, vel in funus aut monumenti exstructionem impensæ, probabilem modum aut testatorie voluntatem non excedentes factæ, utrique deducent; malæ tamen fidei possessores non aliter, quam si de petitore defendendo cautiones interposuerint æris alieni & legatorum intuitu: *l. si quid possessor* 31. *l. hæreditas* 50. *§.* 1. *ff. h. t. l. in restituenda* 4. *l. ult. §.* 1. *C. h. t.* Plane si indebitum legatariis aut creditoribus putativis solverint, bonæ quidem fidei possessores etiam hoc casu soluti deductione gaudent, cessa indebiti condictione adversus eos, quibus solutum est. At malæ fidei possessores suo videntur periculo tum legata, tum æs alienum solvisse, ut non tam deductio horum ex rebus hæreditariis, quam potius actio ad soluta repetenda, quoties solvens stipulatione sibi cavit, *evicta hæreditate, soluta reddi*, eis tribuenda sit: *l. quod si possessor* 17. *ff. h. t.* Idemque est, si bona fide possidens post motam de hæreditate controversiam, debiti aut legati fecerit solutionem; nam nec tunc deductio soluti, sed sola ex cautione superiore actio permittenda foret: *l. dolo carere* 41. *ff. ad leg. falcidiam.* junct. *d. l.* 17. *ff. h. t.*

20 Ad hæc illud, quod sibi ex hæreditate debitum est, bonæ fidei possessor procul dubio deducit; at malæ fidei possessor non aliter, quam si petitori expediat tale debitum dissolutum esse, propter pœnam, aut aliam causam; quo casu dici potest, eum sibi jam mature solvisse, ad pœnam evitandam, aut solvere debuisse: *l. si quid possessor* 31. *§. sed si ipsi* 1. 2. *ff. h. t.*

21 Quod si impensæ in ipsas res hæreditarias, non propter fructus, factæ sint, possessor quidem bonæ fidei has omnes, sive necessarias, sive utiles, sive voluptuarias deducit, etiamsi non amplius extent vel impensæ vel res ipsæ in quas factæ. At, qui mala possedit fide, solas necessarias in universum deducit; utiles vero tantum quatenus supersunt, & inde res melior facta est; voluptuarias nullo modo deducit ex hæreditate, sed tantum tollit, quatenus potest sine rei detrimento: *l. plane* 38. *l.* 39. *ff. h. t.* Nec mirum, malæ fidei possessorem necessarias impensas omnino deducere juxta *d. l.* 38. *ff. h. t.* junct. *l. domum* 5. *C. de rei vindicatione*, cum, si eas non fecisset, culpæ fuisset reus, omneque ex neglectis hisce impensis damnum superveniens debuisset præstare: arg. *l. ei, qui partes* 54. *§. ult. ff. h. t.* junct. *l. nisi ex re* 55. *§.* 1. *ff. h. t.* Licet enim turpiter agat, quod rem alienam sciens possideat; non tamen turpiter aut male agit, quod, cum possideat, impensas eroget ad conservationem rei desideratas. Paulo aliter hæc de impensis sese habent in singulari judicio rei vindicationis; quippe in quo bonæ fidei possessor necessarias quidem & utiles deducit, seu retentione rei recuperat, voluptuarias tantum tollit: imo & utiles quandoque ne deducit quidem, sed tollit tantum, prout bonus judex varie ex personis causisque constituet: *l. in fundo* 58. *ff. de rei vindic. §. ex diverso* 30. *Inst. de rer. divis.* Sed mala fide possidens solas deducit necessarias, utiles cum voluptuariis tantum tollit, ne locupletior fiat dominus cum jactura ejus: *d. l. domum* 5. *C. de rei vindicat.* vide latius *tit. de rei vindicat.* Cur autem tam varie in rei vindicatione & hac hæreditatis petitione constitutum sit, ejus rationem esse puto, quod melior esse debuerit conditio bonæ fidei possessoris in petitione hæreditatis, quam rei vindicatione, quantum ad impensas recuperandas, quia ex adverso fructuum reddendorum respectu durior est, dum consumptos restituere tenetur, quatenus inde locupletior factus est; quod non ita obtinet in rei vindicatione; ut proinde plenior restitutio fructuum cum pleniore impensarum deductione videatur fuisse compensanda. Et cum ita consultum esset plenius possessori bonæ fidei, non adeo abs re videri potuit, si & malæ fidei possessori quantum ad impensas utiles paulo magis in hac petitione, quam rei vindicatione, ex æquitate subveniretur.

22 Impensas in fructuum perceptionem factas quod attinet, veluti quæ quærendorum, cogendorum, conservandorumque eorum gratia fiunt; uti & eas, quæ cum usu & fructibus compensari solent, veluti reparatio modica ædium, tributorum vectigaliumque solutio, alimenta servis jumentisque subministrata, & alias his similes, quas cum fructibus solere compensari traditur in *l. vel si vites* 3. *§.* 1. *ff. de impens. in rem dot. fact.* eas quoque universas deducit possessor bonæ fidei, quatenus ex fructibus, usu, operisve locupletior factus non est, dum nihil aut parum post sumptus factos fructuum nomine percepit, insolita sterilitate, aut hostium ac prædonum incursu, aliave calamitate superveniente: *l. si a domino* 36. *§. ult. l.* 37. *ff. h. t.* malæ fidei possessor, licet eas quoque deducat, quandoquidem naturali ratione fructus non intelliguntur, nisi deductis impensis fructuum quærendorum, cogendorum, conservandorumque causa factis, tanquam quæ ipso jure fructus diminuunt: *l. quod in fructus* 46. *ff. de usuris d. l.* 36. *§. ult. ff. h. t.* non tamen aliter, quam si fructus inde perceperit, sic ut & ad eorum restitutionem obstrictus sit: nam si sterilitate aut aliter sine culpa ac negligentia sua nullos post sumptum erogatum fructus collegerit, uti eosdem non perceptos restituere non tenetur, ita nec quicquam impensarum nomine deducere potest ex eo, quod nec fuit nec interpretatione juris fuisse fingitur in rerum natura: arg. *d. l.* 36. *§. ult. l.* 37. *ff. h. t.* Neque huic impensarum, in fructuum perceptionem factarum, deductioni adversatur id, quod ab Ulpiano traditur, impensas tales videri donatas esse: *l. si servus servum* 27. *§. si olivam* 25. *ff. ad leg. Aquil.* nam, quod malæ fidei possessor necessarias deducit impensas in fructuum perceptionem factas, id inde est, quia recte facit, quod, cum possideat, fructus etiam quærat ex re possessa, quippe ad quos restituendos tenetur, quatenus potuit honeste perci-

pe-

pere. At si quis non possideat fundum, qualis est ille, de quo tractat Ulpianus in *d. l.* 27. §. 25. male agit, ac delinquit, colligendo fructus ex fundo alieno, qui ad ejus periculum non pertinebant, quorumque nomine nullatenus teneretur, etsi eos a solo non separasset, sed passus fuisset in universum corrumpi. Cum ergo ita impendens, in re illicita & delicto versaretur, æquum non fuit, ei sumptuum istorum deductionem concedi.

23 Non tamen actio, sed sola rerum possessarum retentio & doli exceptio ad recuperandas impensas jure Romano possessoribus comparata fuit: *l. si in area* 33. *in fine ff. de condict. indeb. l. sumptus* 48. *ff. de rei vindicat. §. ex diverso* 30. *Instit. de rer. divis. l. Paulus respondit* 14. *ff. de doli mali & metus except.* objicienda etiam post sententiam, ad impediendam executionem. Ant. Faber *Cod. libr.* 3. *tit.* 22. *defin.* 15. & *lib.* 7. *tit.* 20. *defin.* 12. Licet enim impensarum *repetitio* ipsis tribuetur: *l. domum* 5. *C. de rei vindic.* non tamen inde firmiter contra tam manifestas leges deducitur, actionem dari; eo quod non tantum actione instituta, sed & exceptione opposita, repetitionem fieri, natura docet. Nec est, quod objiciatur, & marito, & commodatario, & fiduciario hæredi, actiones dari pro repetitione impensarum, in rem dotalem aut commodatam, aut ex fideicommisso restituendam factarum: *l. unic. §. taceat* 5. *in fine C. de rei uxor. act. l. in rebus* 18. *§. possunt* 2. *ff. commodati: l. qui exceptionem* 40. *§. si pars* 1. *ff. de condict. indeb.* cum commodatarius commodantem ex vero contractu obligatum habeat, & maritus ac fiduciarius non bonæ malæve fidei possessores sint, sed eo tempore, quo impenderunt, domini fuerint rerum illarum, in quas impensum est: & quamvis bona fides, seu opinio dominii, tantum præstet possessori, quantum veritas; id tamen locum non habet, quoties (uti in nostro casu) lex impedimento est: *l. bona fides tantunden* 136. *ff. de regul. juris.* Quod autem in *l. plane in* 38. *ff. h. t.* dicitur *officio judicis id contineri*, ut habeatur ratio impensarum, *nec exceptionem doli mali desiderari*, id eo pertinet, quod cum petitio hæreditatis bonæ fidei sit, & talis etiam olim a plerisque haberetur, necesse non fuerit, ut doli exceptio nominatim opponeretur, quia bonæ fidei judiciis inest ipso jure: cæterum id non efficit, quo minus retentio fuerit necessaria, donec impensæ restitutæ essent, dum nullo alio modo, quam per retentionem, servari poterant: *d. l.* 33. *in fine ff. de condict. indebiti.* Si tamen possessor malæ fidei eo animo impenderit, ut domini, cujus res est, negotia gereret, ad impensas necessarias repetendas negotiorum gestorum actio non videtur deneganda: *l. domum* 5. *C. de rei vindicat.* Idemque ex æquitate obtinuit, si pro hærede, seu hæredis opinione quis possidens, monumentum defuncto fecerit ex defuncti voluntate, vel etiam conditionis implendæ causa, quippe cui, tanquam gestori negotiorum hæreditatis, actionem adversus hæredes instituendi potestas facta est; religionis pariter & supremæ voluntatis favore: *l. hæreditas* 50. §. 1. *ff. h. t.* Sed quod Romanis ita placuit in certis casibus; hodie ex naturali æquitate generaliter receptum est, ut scilicet non sola retentione, sed & actione consulatur non tantum bonæ, sed & malæ fidei possessoribus, pro recuperandis impensis illis, quarum deductionem iisdem concessam fuisse, supra dictum est, necessariis scilicet, nec non utilibus quatenus inde res melior facta; ne alioquin domini rerum cum aliena jactura locupletarentur. Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 556. *gloss.* 1. *n.* 6. Zypæus, Molinæus, Mornacius, aliique quos citat Ant. Matthæus *de auctionibus libr.* 1. *cap.* 18. *n.* 16. 17. 18. Groenewegen *ad* §. 30. *Instit. de rer. divisione.*

24 Cum autem leges inter impensas liquidas illiquidasque non distinguant in hac materia, satius est, ut existimemus etiam pro illiquidis impendiis retentioni locum fore, donec illæ liquidæ factæ fuerint ac restitutæ; nec cogendum possessorem, ut possessionem adversario de impensis reddendis caventi cedat: præsertim cum tutius sit rei incumbere quam cautioni, & ipsa retentio non parum ad lites diminuendas prosit; quippe quo dominus adigitur, ut sponte offerat impendia, quæ, si semel possessionem recuperasset, sæpe non nisi litium ambagibus & judicis officio constrictus foret restituturus. Nicol. Everhardus *consil.* 93. Radelantius *Curiæ Ultraject. decis.* 100. Ant. Faber *Cod. libr.* 3. *tit.* 22. *defin.* 15. Joh. a Sande *decis. Frisic. lib.* 5. *tit.* 15. *defin.* 5. & *de prohibita alienat. part.* 3. *cap.* 8. *n. ult.* ubi plures dissentientes allegat.

25 Observandum tamen, pendente hæreditatis petitione, nec fideicommissarios, nec legatarios, nec creditores impediri, quo minus interim debita sibi ac legata petant, idque vel ab actore vel a reo petitione hæreditatis convento; ut tamen legatarii de restituenda re cum fructibus, vel pecunia cum usuris, cautionem interponant, juxta formam præscriptam in *l. ult. pr. & §.* 1. 2. *C. h. t.* Sed & vice versa, pendente hoc judicio, recte conveniuntur actione personali debitores hæreditarii; actione in rem, quotquot res hæreditarias possident alio jure, quam pro hærede: ita quidem, ut non tantum possessor bonæ fidei has interim actiones exerceat; sed & petitor ipse, quoties vel possessor hæreditatis in mala fide fuit, & nihil juris se habere scit, vel, cum in bona fide esset, negligit tamen actiones exercere, ac subest periculum, ne inter moras actiones intercidant, aut inopia debitorum reddantur inanes: *l. si bonæ fidei* 49. *ff. h. t.* Præterea, si possessor hæreditatis hac interpellatus actione, testamentum illud, ex quo actor se hæredem esse contendit, velit falsum dicere, non potest actorem per exceptionem præjudicialem repellere, quasi præmature hæreditatis petitio mota esset: quia judiciorum illorum, quæ de hæreditatis petitione sunt, ea auctoritas est, ut nihil in præjudicium illorum, id est, nulla exceptio præjudicialis iis opponi possit: sed tantum sustinetur hæreditatis petitionis judicium, seu in eo interim non ultra proceditur, donec falsi causa agatur; reo interim jusso satisdare de hæreditate, quæ ab eo petitur, non diminuenda sed restituenda: *l. Divus Pius* 5. *§. pen. & ult. ff. h. t.*

26 An vero hanc actionem instituere desiderans, jure sistendi uti possit, & possessorem vel bona ejus non hæreditaria auctoritate judicis detinere, ut

ita

ita hæreditatis petitio apud alium perageretur judicem, quam apud quem ex communi juris dispositione ventilanda foret, colligi potest ex iis, quæ dixi *tit. de in jus vocando n.* 25.

TITULUS IV.

Si pars hæreditatis petatur.

SUMMARIA.

1 *Pars hæreditatis peti potest vel actione vel exceptione. Petit quisque vel partem vel totum, pro jure quod ipse habet: idem juris est in partis, quod in totius petitione.*

2 *Quo modo & contra quos agendum, si duo veri hæredes sint, & duo hæreditatis possessores, & quo modo, si hæreditas partim a vero, partim a falso hærede possideatur pro diviso vel pro indiviso?*

3 *Quando pars certa hæreditatis, quando incerta peti possit? quot partes utero interim servandæ sint, si speretur posthumus frater una cum jam natis parenti successurus?*

1 Quemadmodum tota hæreditas, ita & pars ejus peti potest: adeo ut etiam per exceptionem quis sibi possit asserere hæreditatis partem. Si enim pro parte hæres universam possideat hæreditatem, sciens se tantum ex parte hæredem esse; eique per cohæredem de tota hæreditate controversia moveatur, permittendum erit possessori partem quidem hæreditatis defendere, parte altera cedere, nullamque de ea controversiam sustinere: *l. permittendum* 8. *ff. h. t.* Quisquis vero hæreditatem, vel partem ejus petit, is actionem suam non ex eo metitur, quod possessor occupavit; sed tantum ex suo jure: totam nempe hæreditatem persequitur, qui ex asse hæres est, licet adversarius solam partem possideat; & vice versa hæres ex parte nihil præter eam partem recte petit, licet adversarius, nulla ex parte hæres, iniquus hæreditatis totius possessor sit: *l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t.* Cum autem, quod juris est in toto respectu totius, idem quoque juris sit in parte respectu partis; consequens est, ut quæ præcedente titulo de hæreditatis totius petitione dicta sunt, ad partis quoque petitionem transferantur.

2 Quod si duo possideant hæreditatem, & duo aint, qui ad se partes pertinere dicant, non singuli a singulis petere debent, puta primus a primo, secundus a secundo possessore; sed ambo a primo & ambo a secundo: neque enim alter primi, alter secundi partem possidet, sed ambo partem utriusque: *l.* 1. *§. quin imo* 2. *ff. h. t.* Si partim a vero, partim a falso hærede teneatur hæreditas, videndum an pro indiviso, an pro diviso possideant. Pro diviso possidere hic dicuntur, inter quos, tanquam cohæredes, jam intercessit divisio rerum hæreditariarum, sive mutua conventione, sive judicis officio per intentatam familiæ erciscundæ actionem; contra, pro indiviso, si necdum ita divisio facta sit, licet forte singuli separatas partes rerum hæreditariarum, aut separatas res hæreditarias, naturaliter possiderent ac tenerent. Quibus prænotatis, si verus & falsus hæres pro indiviso possideant, superveniens alter verus hæres adversus solum hæredem falsum hac agit actione. Nam, cum alter verus hæres nil præter suam partem pro indiviso possideat, nec ultra possidere desideret, quam quod ei jure & ex aditione facta acquirendum erat, atque adeo nihil possideat pro hærede aut pro possessore; sequebatur, ipsum nullo jure per cohæredem non possidentem inquietari posse hæreditatis petitione, sed tantum judicio familiæ erciscundæ: arg. *l.* 1. *§. quin imo* 2. *in fine ff. h. t.* Sin pro diviso, *sic ut cohæres verus non plus haberet sua parte*, ut loquitur JCtus in *d. l.* 1. *§.* 3. *ff. h. t.* rationi ac necessitati juris conveniens est, ut & contra verum cohæredem & contra extraneum pro hærede vel pro possessore possidentem experiatur, qui aliquam sibi asserere ac vindicare vult hæreditatis jam divisæ partem, ac is quoque, qui cum falso hærede jam pro diviso possedit, adversus eundem dirigat pro sua parte hæreditatis petitionem: ut postea rerum omnium hæreditariarum inter veros cohæredes divisio nova instituatur. Cum enim facta prior inter verum ac falsum hæredem divisio alteri vero cohæredi obesse nequeat; consequens est, & verum & falsum hæredem ex divisione facta possidere partes rerum hæreditariarum, pertinentium pro indiviso ad cohæredem alterum postea supervenientem, ac proinde eum adversus utrumque agere posse ac debere: *l.* 1. *§. si ego* 3. *ff. h. t.* arg. *l. Pomponius* 8. *ff. de rei vindicat.* Quo facit, quod alibi negatur, nos posse consequi per hæreditatis petitionem id, quod familiæ erciscundæ judicio consequimur, ut nempe a communione discedamus; cum ad officium judicis nihil amplius pertineat, quam ut hæreditatis partem pro indiviso restitui nobis jubeat: *l. non possumus* 7. *ff. h. t.* consequeremur vero plenissimum judicii familiæ erciscundæ effectum, si divisa inter verum falsumque hæredem hæreditate, tantum adversus hæredem falsum intentanda foret hæreditatis petitio, ratione partis ab eo possessæ. Nec est, quod quis existimet, hanc reprobari sententiam, dum in fine *d. §.* 3. *utilior* dicitur Pegasi sententia. Quamvis enim utilior ea sit, quatenus ita magis evitantur litium ambages ac actionum multiplicatio; non tamen ideo reprobata fuit aut rejicienda contraria opinio, ratione juris manifesta nitens. Unde & JCtus, licet jam ante Pegasi sententiam dixisset utiliorem, tamen mox in *§.* 4. *d. l.* 1. decisionem alterius casus subnectit, non sententiæ Pegasi, sed rationi juris superius adductæ convenientem: ut tamen negandum non sit, quin sententia Pegasi tanquam utilior, officio judicis admitti debeat, non omni quidem in casu, sed aliquando, seu *fortassis* (ut jurisconsultus loquitur *d. l.* 1. *§.* 3. *ff. h. t.*) tunc scilicet, cum rerum fungibilium est facta divisio, sic ut compensatio in iis admitti queat, nec intersit, quam ex rebus hæreditariis fungibilibus partem habeat verus hæres; & ideo in *§.* 4. *d. l.* 1. dicitur, officio judicis invicem compensationem esse faciendam ejus quod possidetur; qualem compensationem in solis fungibilibus, non item corporibus aliis, leges admit-

mittere, notum est. Sed nec sententiæ huic adversatur Paulus JCtus in *l. Pomponius* 8. *ff. de rei vindicatione:* in cujus principio, cum distinctionem adhibuisset, an fundus ab inquiis possessoribus duobus pro diviso an pro indiviso possessus esset, in fine subjungit; *quæ distinctio neque in re mobili, neque in hæreditatis petitione locum habet; nunquam enim pro diviso possideri potest*. Longe enim alio sensu illic pro diviso vel pro indiviso possessio accepta est; negatur scilicet hæreditatem pro diviso possideri (addo & *peti*) posse, in quantum hæreditas juris nomen est, rebus incorporalibus atque adeo individuis annumerata, quam ideo singuli pro diviis parte naturaliter occupare nequeunt, uti quidem duo naturaliter occupare possunt separatas ejusdem fundi partes: licet ergo in fundi vindicatione distinguendum fuerit, utrum ex parte dominus una cum non domino possideret communiter istum fundum, an vero certis regionibus, atque ita singuli separatas partes; ut priore quidem casu adversus solum non dominum; posteriore & adversus extraneum possessorem & adversus ejusdem fundi condominum agendum fuerit; quia tamen talis pro diviso possessio in rebus incorporalibus sine præcedente judicio familiæ erciscundæ intelligi non poterat, recte dixit Paulus, eam distinctionem in hæreditatis petitione locum non habere; sed potius, sive verus & falsus hæres communiter, sive separatas res aut rerum hæreditariarum partes separatas possideant, solum illum, qui pro hærede vel pro possessore possidet, petitione hæreditatis conveniendum esse a superveniente vero cohærede; eo quod, non obstante separata corporum hæreditariorum possessione, ipsa tamen juris hæreditarii possessio inter verum falsumque hæredem, necdum moto inter eos familiæ erciscundæ judicio, remansit indivisa. Quæ cum ita sint ex manifestis juris rationibus & principiis, consequens est, errasse toto cœlo Ant. Fabrum, & plerosque cum ipso, in *rationalibus ad l.* 1. §. 3. *ff. h. t.* & *l.* 8. *ff. de rei vindic.* dum d. l. 1. §. 3. *ff. h. t.* propositam Pegasi sententiam accipiunt de hæreditate per verum & falsum hæredem pro indiviso possessa: id enim si verum esset, Pegasi sententia non tantum utilior fuisset dicenda, sed & rationibus juris per omnia conveniens, ut nempe solus extraneus conveniretur, non cohæres nihil alienum pro hærede possidens, ut ante probatum.

3 Cæterum vel pars certa hæreditatis peti potest, vel incerta. Certa quidem, quoties ex pluribus hæredibus jam natis quidam deliberant: durante enim eorum deliberatione nihil præter suam partem recte petierit is, qui hæreditatem jam adivit; tunc demum reliquas exacturus partes, cum, cæteris suas portiones repudiantibus, ipse in universum per jus accrescendi fuerit hæres factus: *l. si ex pluribus* 2. *ff. h. t.* Incerta vero, si cohæres speretur, qui etiamnum in utero est; veluti, si ex fratrum defunctorum uxoribus nascituri liberi patruo sint hæredes futuri: inter eos enim cum pro numero succedentium virilim & in capita dividenda sit hæreditas, ac plures uno partu edi possint, necesse est, ut interim partis incertæ petitio concedatur: *l.* 1. §. *ult. ff. h. t.* Si tamen patre mortuo mater sit gravida, certa pars interim per jam natos petitur; ita ut tres partes medio tempore serventur utero, quasi trigeminis nascituris. Sed si plures eo partu nasci contigerit, nullum eis ista certæ partis petitio & concessio generabit præjudicium, dum singulis, quibus jam portio data erat, pro rata decrescet: uti ex adverso accresceret singulis, si unus tantum aut duo deinceps ederentur: *l. antiqui* 3. *l.* 4. *ff. h. t.* Quibus non contradicunt leges, dimidiam, quartam, aut sextam partem utero assignantes: *l. cum quidam* 30. §. *suum hæredem* 6. *ff. de acquir. vel omitt. hæreditate: l. si pater meus* 36. *ff. de solutionibus:* cum illic non definiatur, quæ interim portio utero servanda sit, quamdiu incertum est, quot uno partu sint nascituri, sed qua ex parte tum liberi jam nati, tum illi, qui in utero sunt, vere & cum effectu hæredes sint; ex semisse scilicet, si unus jam natus sit, & unus tantum in utero formatus; ex quadrante, si tres; ex sextante, si quinque in utero existunt, suo tempore edendi; licet id, quod supra tres nascitur, fere portentosum Gajus dixerit *l. utrum* 7. *pr. ff. de rebus dubiis*.

TITULUS V.

De possessoria hæreditatis petitione.

Cum prætor sæpe bonorum possessionem ex testamento vel ab intestato daret illis, quibus jure civili, stricte sic dicto, delatum non erat jus succedendi, adeoque nec civilis petitio hæreditatis accommodari poterat; necesse fuit, ut & prætoriam hanc possessoriam introduceret hæreditatis petitionem; cujus de cætero iidem effectus sunt, qui sunt civilis petitionis: *l.* 1. 2. *ff. h. t.*

TITULUS VI.

De fideicommissaria hæreditatis petitione.

Fideicommissaria hæreditatis petitio competit iis, quibus ex fideicommisso restituta est hæreditas, adversus eos qui pro hærede vel pro possessore possident: *l.* 1. *ff. h. t.* Cumque hæc actio hæreditatem supponat a fiduciario jam restitutam & in fideicommissarium translatam; consequens fuit, ut adversus hæredem fiduciarium ad obtinendam hæreditatis restitutionem ex causa fideicommissi haud danda fuerit: *l. ult.* §. 1. *ff. h. t.* quippe qui potius actione ex testamento ad hæreditatis ex fideicommisso restitutionem foret compellendus, ubi prius ipse sponte hæreditatem adeundo, sese quasi ex contractu devinxit ad implendam defuncti voluntatem: arg. §. *hæres* 5. *Instit. de oblig. quæ quasi ex contractu:* aut si ipsam aditionem detrectet, ad adeundum & restituendum ex Senatusconsulto Pegasiano in Trebellianum transfuso cogendus, extraordinaria implorata prætoris cognitione, & decreto subsecuto: §. *ergo* 6. & §. 7. *Inst. de fideicommiss. hæred.* Recipit autem hæc quoque actio eadem, quæ hæreditatis petitio civilis; *l.* 2. *ff. h. t.*

LI-

LIBER SEXTUS

TITULUS PRIMUS

DE REI VINDICATIONE.

SUMMARIA.

1 *Dominium latius & strictius accipitur: quid sit? dividitur in plenum ac minus plenum, naturale & civile, directum & utile, bonitarium & quiritarium.*

2 *Quid sit rei vindicatio? quo modo olim alter alterum ex jure manum consertum vocaverit, vindicationis faciendæ causa?*

3 *Competit domino, etiamsi civile tantum, vel minus plenum, vel tantum temporale dominium habeat; ac nunquam possederit; vel ignorans antea alteri vindicanti operam præstiterit.*

4 *Non vincit hac actione, qui pendente demum lite dominium acquisivit, nisi mutato libello post dominium acquisitum: uti nec, qui pendente lite dominium amisit.*

5 *Factum tertii alienantis citra consensum domini, aut tradentis extra fines mandati de alienando dati, aut vincentis in lite, quæ ipsi cum tertio intercessit, non impedit, quo minus dominus rem suam vindicet.*

6 *Fideicommissarius vindicat existente conditione rem a fiduciario alienatam, proprietarius rem fructuariam a fructuario distractam, socius suam partem a socio alienatam.*

7 *Dominus rem suam furto subductam etiam a bonæ fidei possessore vindicare potest; non refuso pretio, nisi aliud certis in casibus statuta ferant.*

8 *Non potest vindicari vel condici pecunia furtiva, si illa per furem creditori ejus soluta & bona fide per eum consumpta vel nummis aliis mixta sit. Nec res nundinis publicis privilegiatis venditæ, nisi pretio emptori reddito; uti &, quæ a fure eo animo redemptæ, ut domino salvæ sint, si modo color quæsitus non sit.*

9 *Quid juris in rebus per piratas, aut per hostes captis, & redemptis?*

10 *An pretium ex re furtiva redactum aut debitum vindicari possit per rei dominum? An, & quando, & contra quos dominus rei furtivæ habeat personalem actionem de pretio rerum furtivarum?*

11 *An res ex pecunia furtiva emptæ vindicari possint per dominum pecuniæ; & an is in rebus illis ante alios furis creditores prælationem habeat?*

12 *An dominus res, quas commodato vel pignori dedit, vel locavit, vel deposuit, vel precario concessit, vindicare possit pretio non reddito, si illæ a commodatario, depositario cæterisque ignorante domino venditæ sint? Et quid hodie hac in parte obtineat?*

13 *An dominus vindicare possit res mobiles ex decreto judicis auctione publica venditas, quasi ad commodatarium, depositarium, similesque pertinuissent dominii jure?*

14 *Nemo vindicat rem a se alienatam, licet pretium nondum numeratum sit, sed fides de eo habita. Quid juris, si inter paucos dies foro cesserit emptor, cui res tradita fide habita de pretio, si res adhuc inveniatur in bonis cedentis, vel tertio bona fide ementi privatim sit vendita, vel etiam in nundinis publicis privilegiatis?*

15 *Quid juris circa vindicandi potestatem, si res tradita sit non habita fide de pretio; & quid si tunc per emptorem nundinis privilegiatis iterum distracta sit?*

16 *Hæres non potest vindicare rem a defuncto alienatam, pro qua parte hæres est, nec pupillus rem a defuncto, cui hæres est, sine decreto alienatam, nec fideicommissarius rem a fiduciario alienatam, si & fiduciarii hæres sit. Quid juris in eo, qui cum inventario hæres est?*

17 *An is, qui rem alienam vendidit & tradidit, eam vindicare possit, si postea dominus ejus rei fiat?*

18 *An fiduciarius rem fideicommissariam pendente conditione fideicommissi alienatam vindicare possit, si postea existat conditio?*

19 *Vindicare quisque potest rem, quam nullo jure vendidit, cum ejus administrator esset, idque in utilitatem ejus, cujus illa res est.*

20 *Nemo regulariter vindicat rem, cujus dominium necdum acquisivit. Si duobus res eadem sit diversis temporibus vendita, is vindicat, cui prius est tradita, sive vere sive ficte. Quid si posterior emptor, cui tradita, sciverit eam alteri esse venditam? Quid si demum tradita posteriori, postquam prior cœperat eam judi-*

cio

cio petere? Quid, si Princeps duobus vendiderit? quid si beneficium ecclesiasticum duobus collatum sit?

21 Nemo rem suis nummis per tertium emptam vindicare potest. Utilis tamen militibus jure Romano data vindicatio, & pupillis. Recensentur alii plures, quibus in genere tantum utilis rei vindicatio datur.

22 Conveniuntur rei vindicatione possessores, licet lite demum pendente cœperint possidere, eorum hæredes quatenus possident; item qui liti se obtulerunt, qui dolo malo possidere desierunt, quomodo teneantur eorum hæredes? An, & quo usque conveniri hac actione possint nudi rerum detentores?

23 Non datur contra eum, qui rem a fisco vel Principe emit; nec contra eum, qui dolo fecit quo minus possessionem acquirat.

24 Ut actor vincat, debet rei notas exprimere; & se dominum probare. Quibus modis illud probetur? an per solemnem immobilium traditionem coram lege loci, si forte titulus non aliter probetur? an per signorum aut insignium impositionem, aut locationem longo tempore factam?

25 Si reus neget se possidere, possessio in actorem transfertur, & tunc reus tanquam actor probare debet se dominum esse. Quod moribus non mutatum.

26 Vindicantur res tantum corporales, etiam grex, non peculium aut hæreditas.

27 Vindicatur vel tota res, vel pars rei, plerumque certa, quandoque incerta.

28 An pars rei nostræ, quæ superest, vindicari possit, veluti corium, caro, cornua, bove extincto, area extincta domo? & quid si res tales legatæ perierint?

29 An, & quo usque vindicari possit homo liber, res sacræ, res aliis rebus junctæ & natura vel lege prohibitæ separari?

30 Restituenda res, quæ vindicatur, cum omni causa. Quo in loco? non habet hic reus condemnatus quatuor mensium dilationem, sed quandoque arbitrariam; maxime pro restitutione fructuum, qui per judicium summarium liquidi fieri debent.

31 Si reus contumacia rem restituere nolit, manu militari aufertur. An retinere rem possit, quia aliam ab alio de re eadem litem patitur aut metuit, aut jus pignoris habet, aut damni infecti pro re illa cavit? an propter impensas?

32 Si reus condemnatus rem possidere desierit, adversus eum in litem juratur, nec actiones ei per dominum cedendæ sunt; secus in noxali & personali actione.

33 Quid juris, si reus non dolo, sed culpa, possidere desierit?

34 Quid juris, si casu res apud reum perierit? non esse admittendam differentiam inter actiones in rem & in personam, cum quæritur de interitu rei ex casu contingente post moram.

35 Post interitum rei, dolo, culpa aut casu contingentem, superest nihilominus quæstio de fructibus & utilitate rei.

36 Quales impensas possessor bonæ & malæ fidei deducere vel tollere possit jure Romano & hodierno; & an is, qui mala fide ædificavit in alieno, tignum postea solutum vindicare jure Romano potuerit?

37 Quid juris sit circa impensas in fructus?

38 In repetitione impensarum in rem factarum prius compensandi fructus cum impensis.

39 Non tamen fructus ipsarum meliorationum compensandi cum impensis meliorationis.

1 *Vindicare*, in genere, est jus in re sibi asserere; & *vindicationes* dictæ omnes in rem actiones, *condictionibus* oppositæ: *§. appellamus* 15. *Instit. de actionibus*. Jus autem in re quintuplex esse, *tit. de inoff. testam. n.* 2. demonstratum est, cujus prima species, *dominium*; latiore quidem sensu omne jus in re videtur complecti: ita namque, qui per alterius corpus possidet: *dominus possessionis* dicitur: *l. si quis alterius* 2. *C. ubi in rem actio*: & dominium *servitutis* esse, ac domini nomine *usufructuarium* quoque contineri, patet ex *l. in venditionem* 8. *pr. ff. de rebus auctor. jud. possid. & vendend. l. semper* 15. *§. ergo* 8. *ff. quod vi aut clam.* Sed strictius acceptum dominium, est *jus, quo res nostra est*; & vel *plenum* est, dum proprietati ususfructus cohæret; vel *minus plenum*, ac in nuda proprietate consistit, usufructu penes alium existente. Insuper vel *civile* est, vel *naturale*; qua ratione dominium dotis naturale penes mulierem esse, civile penes maritum, indigitat *l. in rebus* 30. *C. de jure dotium*. Denique vel *directum* est, quod scilicet penes eum remanet, qui in emphyteusim aut feudum concessit; vel *utile*, ab aliis appellatum jus dominio proximum, quod emphyteutæ, vasalli, & similes habent; qui & domini propterea in jure vocati sunt: *l. possessores* 12. *in fine C. de fundis patrimonial.* arg. *l. sciendum* 15. *§. possessor* 1. *ff. qui satisd. cog.* licet considerato dominio directo hi domini esse negentur: *l.* 1. *§.* 1. *ff. si ager vectigalis id est emphyt. pet.* Fuitque huic dominii distinctioni in *directum* & *utile* non longe absimilis ea, qua prisco jure *bonitarium* aliud dominium erat, quasi dominium juris gentium, aliud *Quiritarum*, ex jure Quiritium; de quo Brissonius *select. antiquit. lib.* 4. *cap.* 1.

2. Ex hoc jure dominii nascitur rei vindicatio, actio scilicet in rem, qua rem nostram ab alio possessam petimus: aliter dicta specialis in rem actio: *l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t.* cujus formula cum olim fere hæc fuerit, hanc ego rem ex jure Quiritium ajo meam esse, debebat res ipsa vindicanda præsens esse, aut saltem pars rei, veluti gleba fundi vindicandi; quem in finem alter alterum *ex jure manum consertum* vocabat, id est, alter alterum ex jure ad conferendam manum in rem, de qua ageretur, vocabat, atque ita simul profecti in agrum, de quo litigabatur, terræ aliquid ex eo, puta glebam, in jus in urbem ad prætorem deferebant, & in

in ea gleba, tanquam in toto agro vindicabant, teste Gellio *Noct. Attic. lib.* 20. *cap.* 10. quod & plenissime expositum a Barnaba Brissonio *de formulis lib.* 5. *pag. mihi* 375. Rævardo *ad leg.* 12. *tab. cap.* 6. Adde Rosinum *antiquit. Roman. lib.* 8. *cap.* 6. *tertia parte legum* 12. *tabul. ad legem* 29. & *lib.* 9. *cap.* 13. *fere in pr. vers. in fundo*.

5. Duplex autem est rei vindicatio, directa alia, alia utilis. Directa illis datur, qui jure gentium aut jure civili dominium acquisiverunt: *l. in rem* 23. *ff. h. t.* adeoque & marito respectu rei dotalis, stante matrimonio, tanquam civili dotis domino: arg. *l. dote* 9. *C. h. t.* junct. *l. in rebus* 30. *C. de jure dot.* non item uxori, nisi demum eo dissoluto; cum antea jura dominii in muliere prope conticescant, ac fere unice per maritum exerceantur: arg. *d. ll.* Neque contrarium videri potest placuisse Imp. Alexandro in *l. mater tua* 3. *C. h. t.* cum non pateat, de fundo dotali, aut vindicatione matrimonio durante facienda, in *d. l.* 3. sermonem esse. Neque interest, utrum plenum quis habeat dominii jus, an nudam proprietatem, usufructu penes alium existente, quoties res usufructuaria a tertio possessa est, vel ipse fructuarius eam non servitutis sed dominii jure possidere cupit: *l. fructus* 33. *in fine ff. h. t.* junct. *l. recte dicimus* 25. *ff. de verbor. signif.* Uti nec refert, perpetuum an temporale dominium competat; veluti hæredi ratione rei, quæ alteri sub conditione legata est, cujusque dominium ea existente ab hærede est recessurum: *l. non ideo* 66. *ff. h. t.* Nec denique, utrum possederit, an nunquam antea possessionem fuerit adeptus; atque adeo hæredi quoque, cui ex aditione dominium quidem, at non possessio acquiritur, accommodanda est: *l. si ager* 50. §. 1. *ff. h. t.* junct. *l. cum hæredes* 23. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* neque quisquam impeditur rem suam vindicare, quod forte prius alteri eandem vindicanti patrocinium ignorans præstiterit, advocationis officio functus, si postea cognoverit, rem ad se pertinere: *l. inter officium* 54. *ff. h. t.*

4 Non tamen sufficerit, quod quis pendente demum lite dominium rei consecutus fuerit, quam jam ante cœperat vindicare; nisi enim mutato libello, ac refusis reo impensis, ex nova acquisiti dominii causa vindicare instituat, victor in ea lite haud esset evasurus: neque enim videri potest illius dominii jus in judicium deductum esse, quod demum post litem contestatam accidit seu acquisitum est, ideoque alia interpellatione opus foret: *l. non potest* 23. *ff. de judiciis*: *l. si mater* 11. §. *eandem* 4. & §. *itaque* 5. *ff. de except. rei judicat.* junct. *l. eum, quem* 79. *ff. de judiciis*. Eoque facit, quod & in ipsa actione ad exhibendum, præparatoria rei vindicationis, non aliter condemnatio sequi debeat, quam si actoris utroque tempore interfuerit, rem ei restitui, & quo lis contestabatur, & quo condemnatio fit: *l. tigni* 7. §. *ult. ff. ad exhibendum*: quod de eo dici nequit, qui litis contestatæ tempore necdum dominium fuerat consecutus. Denique hunc, qui ex jure post demum acquirendo litigare cœperit, similem esse ei, qui sine fundamento domum exstruere tentavit, non inconcinne post alios dixit Peckius *de jure sistendi cap.* 17. *n.* 10. Adde Justum Meyerum *Collegio Argentorat. h. tit. n.* 13. Neque his adversatur, quod, si reus pendente demum lite possessionem adeptus fuerit, actori tamen condemnandus sit: *l. sin autem* 27. §. *possidere* 1. *ff. h. t. l. si hæreditatem* 4. *l. item videndum* 18. §. *si quis* 1. *ff. de petit. hæreditat. l. tigni* 7. §. *si quis non* 4. *ff. ad exhibend.* Recte etenim eo casu judex reum actori damnat, quia in actionibus in rem potissimum jus actoris spectatur, dum ex parte rei nil præter qualemcunque possessionem vel detentionem naturalem requiritur, quæ quandocunque accedens efficit, ut reus possidens restituendæ rei facultatem habeat; atque insuper actor ut verus dominus ex ea causa egerat, quæ lite vetustior dominium ei non immature adjecerat; sic ut actoris interfuerit & litis contestatæ & rei judicatæ tempore, rem sibi restitui: cum ex adverso in nostro casu actor, nullo nixus dominii jure, perperam vindicandi formula usus fuerit, hanc rem suam esse non ex vero contendens, atque adeo probare non valens, sua & litis contestatæ & rei judicatæ tempore interfuisse. Non etiam adversatur *l. si rem* 9. §. *ult. ff. de pignorat. act. l. Julianus ait* 11. *ff. qui satisd. cog. l. licet* 56. *ff. de judiciis*: *l. si mandavero* 17. *ff. mandati*. Cum in his omnibus non defuerit principalis aliqua agendi causa, seu actionis fundamentum; sed tantum quædam præmitti debuerint, aut præstari, ex parte actoris, quæ aut præmissa non sunt, velut mandatum, aut non facta, puta oblatio totius debiti ad pignus luendum. Quo modo generaliter in omnibus contractibus ultro citroque obligatoriis agens, antequam impleverit contractum ex suo latere, repelli potest, sed eo impleto, nihilominus vincit. Et quod attinet speciem facti, quæ est in *d. l.* 17. *ff. mandati*, etiam non exacto per procuratorem eo, cujus exactio mandata erat, recte mandans agebat actione mandati, cum utique debuisset procurator exegisse; alioquin in id, quod interest, mandanti damnandus. Jure tamen Canonico contrarium placuit, quoties petitio ex generali jure dominii, non ex speciali titulo, facta est: *cap.* 3. *de sentent. & re judicata in* 6. Sed & si litis contestatæ tempore dominus fuerit, qui hanc actionem movit, lite vero pendente dominium amiserit, absolvi reum ratio dictat: arg. *l. si servus furtivus* 14. *ff. de condict. furtiva*: tum quia res devenit ad eum casum, a quo initium actio habere, & in quo consistere non potuit: arg. §. *pen. Instit. de noxalibus act.* tum quia desiit actoris interesse: arg. *d. l. tigni* 7. §. *ult. ff. ad exhibend.* tum denique quia sublatum est ac extinctum illud, quod unicum hujus actionis fundamentum est. Quibus non obest, quod actio noxalis duret, & condemnatio sequi debeat, si lite pendente actor a reo dominium servi consecutus sit: *l. si alienus* 37. *ff. de noxal. action.* Neque enim ibi primaria intentio actoris erat ad noxæ deditionem, sed tantum ad damni per servum dati reparationem, quæ etiam alienato servo fieri poterat: noxæ deditio tantum erat in liberatione, damni reparatio in obligatione; adeoque est, quod sibi reus imputet, quod ad damni reparationem ut debitam damnatus, careat noxæ dandi & ita sese liberandi facultate.

5

5 Neque hanc rei suæ vindicandæ potestatem tollit regulariter factum tertii, rem nostram non jure alienantis. Sic enim, (ut per species factorum nobiliores eamus) mulier rem, quam pro debito alieno pignori obligaverat, & ita contra Senatusconsultum Vellejanum intercesserat, recte vindicat, licet a creditore jure pignoris distractam: *l. redemptores* 39. §. 1. *& l. seqq. ff. h. t.* (quod tamen ab hodie cum jure & fide hastæ fiscalis, prout nunc distrahi pignora mos est, conveniat vide *in seqq. n.* 13.) Uti & is, qui procuratori mandavit rem certo pretio, veluti mille aureis, vendi & tradi, si is minoris vendiderit & tradiderit. Quive rem certo pretio vendi, & soluto demum pretio tradi jussit, si illa definito quidem pretio distracta, sed eodem necdum persoluto tradita sit: *l.* 1. §. *si quis rem meam* 2. *&* §. *Celsus* 3. *ff. de except. rei. vend. & traditæ*. Similiter, si, re debitoris per creditores subhastata, tertius tanquam rei istius dominus intercedat, seu sese subhastationi & distractioni solemni opponat, &, cum vere dominus non esset, tamen imprudentia judicis vincat, atque ita impedita venditione rem sibi obtineat; debitor, tanquam verus rei istius dominus, non erit impeditus eandem vindicare ab eo, qui in judicio oppositionis victor fuit. Est enim hic res inter alios acta, creditorem scilicet ac tertium intercedentem; nec creditor debitoris personam hic videtur sustinere, neque debitoris sed suum magis negotium gerere; nec denique debitor impedire poterat, quo minus creditor contenderet cum opponente de proprietate rei; quo casu rem inter alios actam alteri non nocere, aut jus ejus minuere, constat *l. sæpe constitutum* 63. *ff. de re judicata*. Estque hoc ipsum manifeste definitum, sententiam eorum, qui de jure intercedentis summatim cognoverunt, non posse debitori præjudicare, quoties hi dimittendam eam rem putaverint, quasi ejus sit, qui controversiam movit, non ejus cujus nomine capta est, si forte jure ordinario cœperit debitor persequi tanquam dominus rem illam, ut suam, sed ex cognitione summatim interposita penes intercedentem constitutam: *l. a D. Pio* 15. §. *si rerum* 4. *ff. de re judicat*. Ant. Matthæus *de auctionibus lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 92. 93.

6 Sed nec fideicommissarius impeditur vindicare rem a fiduciario pendente conditione alienatam, si dein fideicommissi conditio extiterit: *l. ult.* §. *pen. C. commun. de legatis*. Nec proprietarius rem a fructuario distractam: arg. *l. uxor* 20. *C. de legatis*: nec dominus rei communis partem suam, cum forte alter rem communem in solidum vendidisset; cum nec a furti vitio talis immunis sit, si res mobilis communis fuerit; neque privato cuiquam, sed fisco soli datum fuerit, rem sibi cum alio communem in solidum distrahere: *l. multum* 2. *C. de commun. rer. alienat.* Ant. Matthæus *parœm. Belgar. Jurisconс.* 7. *n.* 17. *vers. tertio*, *circa fin. pag.* 239.

7 Multo minus impedita censeri debet vindicatio rei illius, quæ suo domino per furtum subducta est; quippe qui eam non a fure tantum & hærede ejus, sed & alio quovis bonæ malæve fidei possessore repetere potest, ne pretio quidem emptori bonæ fidei refundendo; cum is cautius mercari debuerit, & actione de evictione adversus auctorem suum regressum habeat: *l. incivilem* 2. *C. de furtis*: *l. si mancipium* 23. *C. h. t. Privilegium Mariæ Burgund. Hollandis Zelandisque datum* 14. *Martii* 1476. *Placit. Holland. vol.* 2. *pag.* 670. *in med.* Ut tamen hic penitius examinanda & inspicienda sit loci cujusque consuetudo; quæ fere est, ut mensam fœnebrem exercentes bona fide tuto accipiant pignori res furto subductas, non nisi pretio reddito easdem suis dominis restituturi; & ut certo tempore certoque dierum vel hebdomadarum spatio aurifabri ac veteramentarii res sibi venum oblatas ipsi venales publice exponant, eoque lapso sic tuto emant, ut non nisi pretio refuso vindicationem pati teneantur; si modo a venditoribus ipsis pretium nequiverint recuperare. Et hæc quidem, si statuta aut consuetudines eam in rem conceptæ appareant; cæteroquin iisdem deficientibus, ratio non est, cur a Romani juris definitione videretur recedendum: vid. Christinæus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 2. *art.* 2. *n.* 6. 8. Carpzovius *defin. forens. part.* 4. *constit.* 39. *defin.* 5. 6. Mævius *ad jus Lubecens. lib.* 3. *tit.* 2. *art.* 2. *n.* 24. *& seqq.* Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 3. *n.* 13. 14. Groenewegen ibid. *in notis*: & *ad d. l.* 2. *C. de furtis*: Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 11. *n.* 3. 4. Wassenaar *pract. jud. cap.* 9. *n.* 4. Anselmo *Codex Belgicus*, verbo, *Oude Kleerkopers*.

8 Fallit tamen hæc rerum furtivarum a tertio bonæ fidei possessore vindicandarum potestas, quoties pecunia furtiva per furem creditori ejus bona fide accipienti soluta, vel pro re vendita pretii vice numerata fuit, & vel consumpta vel alteri pecuniæ mixta; cum ita consumpti videantur nummi: *l. si alieni* 78. *ff. de solution.* consumpti autem bona fide per creditorem nummi alieni neque vindicari possint neque condici: *l. Cassius ait* 17. *ff. de solutionibus*: arg. *l. non omnis* 19. §. 1. *ff. de rebus creditis*. Ant. Matthæus *de auctionibus lib.* 1. *cap.* 18. *n.* 12. Neostadius *Curiæ supremæ decis.* 36. *cujus initium est*, *Petrus pecuniam*. Uti & in rebus illis furtivis, quæ publicis in nundinis fuerunt alicui bona fide ementi divenditæ, quæ non nisi pretio, quod datum est, restituto vindicari possunt, quoties emptor nequit a venditore pretium servare; ita jure singulari munitis istis nundinalibus venditionibus in plerisque Belgii locis (si pauca excipias, in quibus inter rem alienam, & furto subductam, distingui observat Anton. Matthæus *parœmia* 7. *n.* 17. *vers. secundo*) commerciorum adjuvandorum gratia, ne timidius ad emendum accederent emptores, si, re aliena bona fide comparata, pretii periculum deberent subire, nulla licet in culpa plerumque hærentes; dum in peregrinorum promercii causa adventantium, ac res venales exponentium, conditionem integritatemque curiosius inquirere onerosum ementibus ac prope impossibile visum est. Grotius *d. lib.* 2. *Manuduction. cap.* 3. *n.* 15. Zypæus *notit. Jur. Belgici lib.* 3. *in pr. de rei vindicat. vers. Jure dominus*. Ant. Matthæus *d. parœmia* 7. *n.* 17. Groenewegen, Wassenaar, Simon van Leeuwen *d. locis*. Denique nec illos rerum furtivarum emptores, rei vindicatione a dominis conventos; pretio erogato frau-

dan-

dandos esse æquitas dictat, qui res furtivas, longius alioquin abducendas distrahendasque, eo emerint animo, ut eas dominis suis salvas faciant iterumque restituant; non solum ita, sed dominorum potius negotium gerentes, maxime si pretio viliore comparaverint æstimationis majoris res furto subductas, & sine tali redemptione suis probabiliter dominis perituras; si modo id ipsum vel emptionali instrumento insertum fuerit, vel testatione tempore contractus coram testibus interposita probari queat; sic ut nullus videri possit color quæsitus, sed bona fide menteque hæc gesta appareat: tunc enim inficias iri non potest, quin hæc erogatio utiliter & probabili ratione facta sit, adeoque ne negotiorum quidem gestorum actio videtur deneganda esse: arg. *l. alimenta* 11. *C. de negot. gestis*. Et certe, si, navi a piratis redempta, pretium redemptionis redimenti vel domino mercis, qua data redemptio facta est, restituendum veniat per contributionem: *l. si laborante* 2. §. *si navis* 3. *ff. de leg. Rhod. de jact.* quidni & is, qui rem furtivam minoris redemit, recuperet, quod expendit, ut domino rem salvam faceret? Carpzovius *defin. forens. part.* 4, *constit.* 39. *defin.* 7. Menochius *de præsumption. lib.* 5. *præsumpt.* 29. *n.* 16. Cæterum, si quem sub obtentu rei in gratiam domini redimendæ suum magis, quam domini negotium voluisse gerere, ratione probabili demonstrari possit, dum forte rei domino restituendæ, aut saltem denunciationis faciendæ, facultatem habens, studiose eandem protelavit, nec nisi urgente prope necessitate pudoreque serius obtulit domino restitutionem; non dubium, quin ei, velut in fraude manifesta constituto, nihil ex pretio soluto reddendum sit: arg. *d. l. incivilem* 2. *C. de furtis:* junct. *l. si pupilli* 6. §. *sed & si* 3. *ff. de negot. gestis:* ac de his potissimum intelligendi interpretes, pretii repetitionem emptori in casu nostro denegantes, inter quos Christinæus *ad Leg. Mechlinienses tit.* 2. *art.* 2. *n.* 6. Menochius *d. lib.* 5. *præsumpt.* 29. *n.* 13. *& seqq.* Mollerus *semestrium lib.* 3. *cap.* 10. Dion. Gothofredus *ad l.* 2. *C. de furtis*.

9 Quæ de rebus furto subductis, per dominos sine pretii restitutione vindicandis dicta, ex rationis paritate ad ea quoque, quæ per piratas capta, ac postmodum aliis in bona malave fide constitutis divendita fuerint, porrigenda sunt, cum hi vere a furibus aliis non aliter distent, quam quod, uti plerumque potentiores, ita quoque improbiores sunt; nulla de cætero potestate occupandi aliena muniti, nec jure dominii ullatenus sua facientes, quæ nullo diripuerunt jure: arg. *l. postliminium* 19. §. *a piratis* 2. *l. hostes sunt* 24. *ff. de captiv. & postlim. reversis: l. qui a latronibus* 13. *ff. qui testam. fac. poss.* Adde *Instrumentum pacis inter Anglos & Belgas* 28. *Aprilis* 1654. *artic.* 14. *vol.* 2. *placitor. pag.* 527. Quibus non adversatur Pomponius in *l. mulier* 6. *ff. de captiv. & postlim.* ubi pretium centurioni dicitur reddendum a fisco, cum is mulierem in opus salinarum datam, & dein a latrunculis exteræ gentis captam, redemisset. Non enim eam existimo Pomponii mentem fuisse, pretium redemptori semper & omni casu fuisse refundendum, sed magis eum determinare, quis pretium reddere teneatur, si illud centurioni, in bona forte fide posito & gestienti per redemptionem reducere talem mulierem in pristinum statum (secundum ante dicta de rebus furtivis) restituendum sit; cum non levis hæreret scrupulus, propter quem videri posset fiscus non esse ad pretii dati restitutionem obstrictus, quod nempe mulier illa non fisci sed pœnæ ancilla erat, si in perpetuum damnata esset; sin ad tempus, libertatem ac civitatem retinebat, atque adeo ipsa sui lytrum exsolvere poterat: *l. aut damnum.* 8. §. *in ministerium* 8. *ff. de pœnis:* junct. *l. si in metallum* 3. *ff. de his quæ pro non scriptis:* sed fiscum tamen teneri æquum visum; cum ex operis ejus emolumenta sentiret. Aliter quam sese res habet in rebus per justos hostes occupatis, & dein bona fide redemptis; quippe quas semel jure belli pleno dominio acquisitas distrahere hostibus jure suo licuit: sic ut nec jus postliminii in hisce, si mobiles sint, locum habere possit, ac ne refuso quidem pretio pristinis videantur dominis restituendæ; tanquam per emptores comparatæ ab iis, qui jure gentium & justo belli titulo dominium fuerant consecuti: §. *item ea* 17. *Instit. de rer. divis.* Christinæus *ad Leg. Mechlinienses tit.* 2. *art.* 2. *n.* 3. Anton. Matthæus *d. paræmia* 7. *n.* 17. vers. *secundo in med.* Responsa JCtorum Holl. *part.* 1. *consil.* 302. Carpzovius *defin. forens. part.* 4. *constit.* 35. *defin.* 8. nisi tamen aliud specialiter legibus cujusque populi, aut populorum plurium mutua conventione circa res tum a piratis tum ab hostibus redemptas placuerit; uti aliquando nostratibus aliud placuisse ob singulares circumstantias, patet ex decreto Ordin. Hollandiæ 4. *Martii* 1600. *vol.* 2. *placitorum Holl. pag.* 39.

10 Quamvis autem res furtivas vindicare possit earumdem dominus; si tamen distractæ fuerint, pretii inde redacti, vel forte necdum soluti sed etiamnum debiti, vindicandi jus non habet: nam neque pretium rei meæ per alium, non meo nomine distractæ, meum est, neque in judiciis singularibus succedit in locum rei; adeoque nec in locum rei furtivæ surrogatur aut furtivum est: *l. qui vas* 48. §. *ult. ff. de furtis: l. quemadmodum* 58. §. *si servus* 2. *ff. de noxal. action.* Mævius *ad jus Lubecens. lib.* 3. *tit.* 8. *art.* 17. *n.* 2. 3. Modest. Pistoris *part.* 2. *quæst.* 60. Neostadius *Cur. supr. decis.* 85. *vers. curia.* Ant. Matthæus *de auctionibus lib.* 1. *cap.* 18. *n.* 9. Ut tamen haud sit eundum inficias, quin furtum passus personalem ad exhibendum actionem pro recuperando rerum furtivarum & alienatarum vel consumptarum pretio sit habiturus, & cum cæteris concursurus simplicibus chirographariis, non modo adversus furem hæredemve ejus (de quibus alibi) sed & contra eos, qui mala fide ac scientes compararunt res furtivas, iterumque distraxerunt aut consumpserunt; non enim parcendum videtur iis, qui ita rem furtivam ementes, sese quodammodo reddiderunt delicti participes, meritoque considerandi tanquam tales, qui dolo malo desierunt possidere: arg. *l.* 1. *in fine ff. de tigno juncto:* arg. *l. eos qui* 14. *C. de furtis*. Carpzovius *defin. forens. part.* 4. *constit.* 40. *defin.* 10. Menochius *de præsumption. lib.* 5. *præsumpt.* 29. *n.* 18. 19. Aliter quam statuendum foret in iis, qui, uti bona fide comparaverant,

sic

sic rursus pari fide bona distraxerunt rem furtivam; eo quod ob bonam fidem neque ex delicto videri possunt obligati esse, neque ex ullo contractu vel quasi aut æquitate naturali; nullo quippe modo cum jactura aliena locupletiores facti: nisi rem furtivam minoris per eosdem emptam, aut titulo quæsitam lucrativo, pluris postea distractam ponas: quo casu in id saltem, quod amplius penes eos est ex venditione, ipsos teneri rerum furto subductarum domino, multis placet, nec improbabile est, si modo domini neque res furtivas consecuti fuerint, neque indemnitatem: locum sibi tunc vindicante naturalis æquitatis regula, neminem debere cum alterius detrimento fieri locupletiorem: *l. nam hoc* 14. *ff. de condict. indeb.* arg. *l. si eum servum* 25. *ff. de rebus creditis*. Pingitzerus *Quæst. Saxon.* 49. *n.* 27. *& seqq.* Carpzovius *defin. forens. part.* 4. *constit.* 40. *defin.* 9. Struvius *ad Pand. h. t. n.* 13.

11 Quod si ex adverso contigerit, ex pecunia furtiva res quasdam emptas esse, nec harum quidem vindicatio domino nummorum furto subductorum videtur concedenda; (imo nec jus ullum prælationis in rebus illis ante ceteros furis creditores, de quo latius *tit. qui potior in pignore*.) Primo etenim id, quod ex re furtiva redactum est, furtivum non est, adeoque nec res nummis furtivis empta: *l. qui vas* 48. *§. ult. ff. de furtis:* non magis, quam pignori obligata censetur res ex pecuniis oppignoratis comparata: *l. idemque est* 7. *in fine ff. qui potior. in pign.* licet ex argento, aut lana furtiva, aut uvis surreptis, poculum, aut vestimentum factum, aut mustum expressum, furtivum sit; in quantum idem adhuc corpus est, &, ut JCtus ait, *substantia magis*, quam forma spectanda est: *l. sequitur* 4. *§. si ex lana* 20. *ff. de usurp. & usucap. l. ex argento* 13. *l. si servus* 14. *§. ult. ff. de condict. furtiva*. Deinde generaliter in jure traditum, rem ex mea pecunia emptam meam non esse, sed ejus, qui eam nummis alienis emit, aut cujus nomine empta est: *l.* 1. *l. mancipia* 3. *l. multum interest* 6. *l. penult. & ult. C. si quis alteri vel sibi sub alter. nomine &c. emerit*; cui consequens est, ut per nummorum dominum nequeat ulla ratione vindicari, sed sola ei competat pro pecunia personalis actio: *l. si ex ea* 6. *C. h. t. l. ex pecunia* 12. *C. de jure dot.* Et quamvis ab hac regula casus quosdam exceptos esse verum sit, uti *in seqq.* dicendum est; tamen in præsente quæstione regulæ standum esse, vel inde manifestum puto, quod nummis furtivis per furem mutuo datis ac consumptis, nulla personalis actio nummorum domino adversus mutuatarium acquiritur ad eosdem in genere nummos reddendos; sed soli furi, qui numeravit: *l. nam & si* 15. *pr. & §.* 1. *ff. de rebus creditis:* junct. *l. quamvis* 2. *l. non unde* 7. *C. si certum petat: l. si quis pro eo* 56. *§. si nummos* 2. *ff. de fidejussoribus*. Si enim ne personalis quidem actio & jus ad rem pro nummis similibus, furtivorum vice fungentibus, recuperandis domino nummorum nasci possit; multo minus jus dominii & in rem actio pro rebus emptis, haudquaquam fungentibus pecuniæ furtivæ vice. Et hanc tuetur sententiam Anton. Matthæus *de auctionibus libr.* 1. *cap.* 18. *n.* 11. ubi licet moneat, ex æquitate quidem, at non ex juris scripti principiis, admitti posse contrarium judicatum a Neostadio relatum: *Curiæ Holland. decis.* 19. vers. *nopende het tweede point*, seu *n.* 3. tamen minus mihi probabilis videtur illa æquitatis præsumptio: non tantum, quia *l. si ipsa res* 18. *ff. quod metus causa*, (quæ primarium æquitatis illius fundamentum est) de actione quod metus causa tractat, ad res furtivas haud transferenda, ut ipse Matthæus d. loco ex *l. item si cum* 14. *§. qui vim intulit* 12. *eod. tit.* notat: sed & præcipue, quia neque ratio neque leges ullæ dictant, actione quod metus causa teneri tertium bonæ fidei possessorem, qui rem metu extortam non amplius possidet, sed divendidit; nisi quatenus inde locupletior factus est: ditior autem ex pretio videri nequit, si rem ipse prius emerit, & ita pretio soluto suum prius ipse diminuit patrimonium; sed demum, si rem metu extortam ex lucrativo titulo bona fide consecutus, deinceps distraxerit: arg. *§. si res aliena* 6. *Instit. de legatis:* ac proinde etiam hoc solo casu eum, ut locupletiorem factum, actione quod metus causa conveniri posse confido: quomodo & rei furtivæ emptorem bonæ fidei conveniri posse, supra observatum est. Nec alio de casu accipiendam esse *d. l.* 18. arguit abunde argumentum a petitione hæreditatis ibidem subjunctum; in qua res ipsas hæreditarias, & sic quoque rerum hæreditariarum pretia, ex causa lucrativa penes eum esse, qui pro hærede possidet, nulli dubium.

12 Dicta de rebus furtivis vindicandis locum etiam tunc, ex juris Romani principiis, obtinere debent, cum commodatarius, depositarius, conductor, creditor, precario tenens, & si qui alii his similes sint, qui ex voluntate dominorum res mobiles tenent, easdem aliis, licet bona fide ementibus, vendiderunt ignorante domino, a quo locatæ fuerant, aut pignori datæ, aut depositæ, vel precario concessæ. Tali enim distractione furtum committi, & res ipsas furtivas fieri, vel inde constat, quod & solus dolosus rerum talium usus aut abusus furti actioni adversus eos locum facit ex jure Romano: *§. furtum autem fit* 6. *Instit. de obligat. quæ ex delicto*. Adde *l. si mandavero* 22. *§. si tibi centum* 7. *ff. mandati: l. si convenit* 4. *in fine ff. de pignorat. act. l. qui furtum* 16. *ff. de condict. furtiva*, *l. si pignore* 54. *pr. & §.* 1. *l. si is, qui pignori* 75. *l. fullo* 82. *ff. de furtis*. Sed cum nunc usu frequentata sit parœmia, secundum quam *mobilia non habent sequelam*, quibusdam visum fuit denegandam esse domino elocanti, commodanti, deponenti, & similibus, vindicationem rerum mobilium per depositarios, commodatarios, conductores, similesque venditarum emptoribus in bona fide constitutis, nisi pretio reddito, aut pignoris luitione facta. Ita fere cautum jure Lubecensi *lib.* 3. *tit.* 2. *art.* 1. Saxonico, ut testis est Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 26. *defin.* 5. Antwerpiensi *tit.* 58. *art.* 5. Quod ita tum litium minuendarum gratia, tum præcipue ob commerciorum usum videtur inductum, quæ turbarentur non parum, difficulter accessuris ad emendum emptoribus, si rerum mobilium evictio tam facile pristinis earum dominis permissa esset. Neque sententia illa omni destituta est æqui-

ta-

tatis ratione; cum utique sit, quod facilitati suæ dominus inputare debeat, quod tam maligno, cujus fidem necdum habebat exploratam, rerum suarum usum, curam, custodiam, aut detentionem commiserit; nec ignarus esse debuerit conditionis ejus, quocum contrahebat: arg. §. *praeterea* 3. *Instit. quibus mod. re contrah. oblig. l.* 1. §. *unde quaerit* 9. *ff. de exercit. action. l. qui cum alio* 19. *ff. de reg. jur.* neque pro damno reputare debeat, cui sua credulitate nimia ac temeritate primus ipse causam dedit, si forte ab illis, quibus rem suam mobilem commiserat, indemnitatem consequi non possit: *l. quod quis ex culpa* 203. *ff. de reg. juris:* Mævius *ad jus Lubecense d. lib.* 3. *tit.* 2. *art.* 1. *n.* 18. & *seqq.* & præcipue *art.* 2. *n.* 5. & *seqq.* Groenewegen *ad* §. 16. *Instit. de obligat. quæ ex delicto*, Ant. Faber *Cod. lib.* 6. *tit.* 27. *ad SCons. Trebell. defin.* 11. *in med.* Respons. JCtor. Holland. *par.* 4. *consil.* 178. *in med.* Qua & ipsa ratione moti Zelandiæ Ordines constituerunt, dominos obligationum seu cautionum incertis creditorum nominibus conceptarum (vulgo *thoonder deses*) non posse vindicare has suas cautiones per alios divenditas aut oppignoratas, nisi luitione facta aut pretio restituto; etiamsi allegarent, venditionem ab illis factam esse, quibus sola custodia vel usurarum exactio demandata fuit: *Placit. Ordin. Zeland.* 31. *Maii* 1679. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 598. Adde Antwerpienses *tit.* 58. *art.* 5. *in med.* Quia tamen hoc a jure Romano divortium præcipue commerciorum favore sustentatur; hinc aliis magis placuit, non aliter hanc sententiam admittendam esse, quam si ita nominatim inveniatur statuto dispositum, aut inveterato firmatum usu. Atque ita, cum institorum ac proxenetarum maximus in mercatura usus sit atque utilitas, nec sine his satis recte procedat; non mirum, id passim fere servari, quod hi res dominorum suæ commissas fidei distrahentes aut obligantes, dominis noceant, easdem non nisi pretio reddito aut soluto debito recuperaturis: Antwerpienses *d. tit.* 58. *art.* 5. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 85. Ant. Matthæus *Paroemia* 7. *n.* 7. *fere in fine*, & *de auctionibus lib.* 1. *cap.* 18. *n.* 9. Respons. JCtor. Holl. *d. part.* 4. *consil.* 178. *in med.* Ceteroquin a jure Romano haud esse hac in parte deviandum arbitrantur; atque ita in ipsa quoque Saxonia vindicationem mobilium his in casibus domino permitti, auctor est Carpzovius *defin. forens. d. part.* 2. *constit.* 26. *defin.* 5. & in Sabaudia jus commune in mobilibus æque ac immobilibus, a tertio divenditis vel oppignoratis, per dominum a quovis possessore vindicandis obtinere, testatur Anton. Faber *C. l.* 6. *tit.* 27. *ad SCons. Trebell. defin.* 11. *in fine*. In Hollandia quoque, utut mercaturæ quammaxime studiosa, domino suarum cautionum pignori per alium obligatarum aut venditarum vindicias sententia Curiæ permissas fuisse, notat Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 7. *n.* 15. 16. 17. Et generaliter statuta illa, quæ tam facile dominum rei suæ dominio & vindicandi potestate privant, strictissimam recipere debere interpretationem, prudenter observatum a Davide Mævio *ad jus Lubecense lib.* 3. *tit.* 2. *art.* 2. *n.* 18. Ant. Matthæo *paroemiis Belgar. JCtor. paroem.* 7. *n. in fine:* adeoque si de commodatariis vendentibus aut oppignorantibus rem commodatam sermo sit, non debere id vel ad conductores vel ad depositarios aut precario tenentes extendi; quasi magis suæ temeritati damnum adscribere debeat dominus, cum commodato dedit, & ita gratis jus utendi ad tempus transtulit commodatarii solius gratia, quam cum minus aut nullum jus concessit, ut in deposito, & precario, nec non locatione, ob mercedem usus loco subintrantem, contingit: Mævius *d. loco n.* 20. 21. Matthæus *d. loco*. Id quod tanto magis probandum, quia & ipsi horum statutorum adeo a jure communi recedentium conditores non modo non ad omnes casus hæc porrigi sanciverunt, sed & nominatim jus aliud in casibus aliis esse voluerunt. Si enim sartor, aurifaber, tinctor, aliique similes opifices materiam aut rem faciendam, tingendam, sarciendam acceptam vendiderint alteri aut pignori dederint, dominis vindicandi licentiam sine pretii reddendi aut pignoris luendi necessitate, sed solo restituto operæ impensæ pretio, concessere Lubecenses *lib.* 3. *tit.* 8. *art.* 17. Antwerpienses *tit.* 58. *art.* 6.

13 Plane si res mobilis ignorante domino vendita fuerit auctione publica, ex judicis decreto ad petitionem creditorum, vix est, ut hodierni mores rerum ita venditarum vindicationem patiantur; cum ne immobilia quidem ex decreto judicis vendita, & præmissis solemnibus denunciationibus legitime tradita, domino non mature intercedente & se opponente, vindicari queant. Sed cum de publicis hisce distractionibus, & interpositionum necessitate alibi ex professo agendum sit, plura hic non addo. Videatur interim Ant. Matthæus *de auctionibus lib.* 1. *cap.* 11.

14 Non enim quisquam recte vindicat rem suam a se alienatam, sive directa alienatio intercesserit, sive factum tale, ex quo dominus jure gentium ac naturæ cadit dominio suæ rei, veluti, si redemptores operis ex suis cæmentis seu materia in alieno solo ædificent, aut quis carinæ alienæ navim imponat; cum inædificata jure domini in continenti quæsita fuerint domino soli, aut carinæ, quæ fundi vice in navibus est: *l. redemptores* 39. *ff. h. t.* junct. *l. item si pretio* 22. §. *cum insulam* 2. *ff. locati: l. Minicius* 6. *ff. h. t.* Alienationis directæ quotidianum exemplum est in eo, qui rem suam vendidit & tradidit, licet pretio necdum soluto: etenim si modo fides de eo fuerit habita, cum ita dominium fuerit in accipientem translatum; & venditor secutus sit fidem emptoris, vindicare nequit, sed tantum pro pretio consequendo cum chirographariis aliis emptoris creditoribus concurrit, etiamsi res venditæ adhuc essent in bonis emptoris, solvendo non existentis. Retinere quidem poterat venditor rem, & non tradere, donec pretium solutum fuerit; sed traditione sibi præjudicavit, ac sese omni spoliavit dominio: §. *venditæ* 41. *Instit. de rer. divis. l. procuratoris* 5. §. *sed si dedi pen. ff. de tributor. act. l. quod vendidi* 19. *ff. de contrah. empt.* Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 28. *defin.* 17. Berlichius *part.* 1. *conclus.* 66. *n.* 48. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 116. Si tamen emptor mox foro cedat, non dubium, quin venditori superfutura sit

rei vindicatio; cum enim tali venditioni dolus causam dederit, atque adeo venditio sit ipso jure nulla: *l. & eleganter 7. ff. de dolo:* non potuit videri dominium ex traditione translatum; dum, nullo præcedente justo titulo, nulla per traditionem alienatio contingit, nec emptori dominium acquiritur; imo non longe a furti vitio tale factum abest: arg. *l. si quasi* 3. *ff. de pignorat. actione: statut. Antwerpiens. tit.* 58. *art.* 7. Mævius ad jus Lubec. *lib.* 3. *tit.* 6. *art,* 1. *n.* 24. *& seqq.* Papon. *lib.* 18. *tit.* 5. *arrest.* 46. Neostadius *supr. curiæ decis.* 5. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 18. *n.* 13. 14. Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 28. *defin.* 18. Mollerus *semestrium lib.* 4. *c.* 28. *n.* 6. Gayl. *lib.* 2. *obs.* 15. *n.* 7. *& seqq.* Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 19. *n.* 20. versu, *e contra*. Responsa JCtor. Holland. *part.* 2. *consil.* 127. & *part.* 4. *consil.* 217. Berlichius *part.* 1. *conclus.* 66. *n.* 50. Quin imo, licet dolosus emptor rem non possideat, sed rursus tertio privatim bona fide ementi parata vendiderit pecunia, non impediendus videtur primus venditor, a quo dominium non recessit, quo minus eandem a tertio vindicet bonæ fidei emptore, pretio non refuso: eo quod secundum ante dicta furti vitio non caret res ita per primum dolosum emptorem, nullo dominii jure munitum, distracta, atque ita consideranda, ac si nec vendita fuisset nec tradita; ut proinde idem quoque, quod de rebus furtivis supra dictum, hoc casu debeat obtinere: arg. *d. l. si quasi* 3. *ff. de pignorat. act.* Neostadius *d. decis.* 5. *supremæ curiæ:* Carpzovius *d. part.* 1. *constit.* 28. *defin.* 19. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 19. *n.* 20. *in fine*. Responsa JCtor. Holland. *part.* 1. *consil.* 245. 285. 286. Plane si res dolo emptas per dolosum emptorem pretio præsente publicis in nundinis iterum distractas traditasque emptori bonæ fidei concipias, non dubium quin rerum furtivarum exemplo, juxta superius dicta, vindicandi licentia venditori primo non nisi pretio refuso concedenda sit. Sed & Amstelodamensibus peculiariter placuit, nullam venditori dandam esse rerum venditarum vindicationem, quoties non parata pecunia, sed dilatione solutionis concessa, rem vendidit & tradidit, atque ita fidem emptoris secutus est, licet mox emptor foro cedat; observante id Groenewegio *in notis ad Grotium manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 5. *n.* 19. *in postrema editione*.

15. Quod si tradita quidem fuerit res vendita emptori, sed fide de pretio non habita; cum ita manserit in venditoris dominio, vindicari a venditore potest: *d.* §. 41. *Inst. de rer. divis. d. l.* 5. §. *pen. ff. de tribut. act. d. l.* 19. *ff. de contrah. empt.* Idemque est, si artifex ex sua materia rem quandam, nec solo cohærentem nec accessionis jure rei alteri cedentem, pro alio fecerit, veluti annulos aut scyphos ex suo auro, ac non habita de pretio fide tradiderit; cum enim hæc negotii species ad emptionem pertineat: §. *item quæritur* 4. *Instit. de locat. & conduct. l. Sabinus* 20. *ff. de contrah. empt.* ratio non est, cur hunc artificem in vindicanda sua re fabricata ab aliis vendentibus separaremus. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 10. *num.* 22. Ut tamen & his in casibus, si nundinis publicis res iterum per emptorem divendita sit, dominus non aliter quam restituto pretio eandem evincat, Simon van Leeuwen *cens. forens. d. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 19. *n.* 20. Et ex statuto Amstelodamensi non aliter domino, qui parata pecunia rem vendidit, vindicatio illius rei salva sit, quam si post lapsum sex septimanarum primo die judiciali interpellatio de pretio facta fuerit: *Statut, Amst.* 31. *Januarii* 1658. *lib.* 1. *parte* 3. *statut. pag.* 276. *col.* 2. *n.* 3. Quando autem de pretio fides habita censeatur, nec ne, in materia emptionis plenius excutiendum est.

16. Quia vero hæres una cum defuncto persona fingitur, factumque defuncti propterea pro ea tenetur præstare parte, qua hæres est, hinc nec rem suam a defuncto divenditam recte vindicat, doli mali exceptione per emptorem pro ea portione, quæ ex hæreditate ad eum pervenit, repellendus: sive pluris valeat res per defunctum divendita, quam est in portione hæreditaria ejus, cujus est res, sive minoris sit pretii; sive primus hæres sit, sive hæredis hæres, quippe qui æque hæredis appellatione continetur: *l. cum a matre* 14. *C. h. t. l. sive possessio* 14. *C. de evictión. l. Seja fundos* 73. *ff. de eviction. l. venditrici* 3. *C. de reb. alien. non alienand. l. filium* 31. *ff. de liberali causa*. Cum enim hæredem talem de evictione teneat actio, multo magis eundem agentem repellit exceptio: *tot. tit. ff. de except. rei vend. & tradit*. Francisc. de Barry *de successionib. lib.* 11. *tit.* 9. *n.* 14. Peregrinus *de fideicommissis art.* 53. Grassus *recept. sent.* §. *hæreditas quæst.* 12. Pinellus *ad l.* 1. *C. de bonis maternis part.* 3. *n.* 79. Sande *de prohib. rer. alienat. part.* 3. *cap.* 8. *n.* 32. Respons. JCtor. Holland. *part.* 2. *consil.* 112. 113. 114. Quod usque adeo verum est, ut nec pupillus rem suam a defuncto, cui hæres est, sine decreto alienatam ab emptore avocare possit: Resp. Jurisc. Holl. *part.* 3. *consil.* 184. *quæst.* 1. *pag.* 557. *incipit A heeft by syn testament.* nec fideicommissarius rei fideicommissariæ, per fiduciarium divenditæ, vindicandæ potestatem habeat, quoties & pro qua parte ipse fiduciario alienanti hæres extiterit. Si enim legatarius ex eo, quod acceptavit legatum sibi a fiduciario relictum, obligari possit, ut rem sibi ex causa fideicommissi debitam, alteri restituat ex novo fideicommisso per fiduciarium imposito, & ita obstringi, ut rem illam tradat, uti patet ex *l. unum ex familia* 67. §. *sed etsi* 3. *ff. de legatis* 2. multo magis est, ut rem a fiduciario in extraneum jam alienatam, teneatur penes eundem relinquere, ubi adeundo cœpit una cum alienante persona esse. Eoque facit, quod solis exhæredatis nepotibus indulta invenitur licentia vindicandi rem, quæ cum ex avi dispositione debuisset in familia manere, per patrem intermedium extero legata erat: *l. filius familias* 114. §. *cum pater* 15. *&* §. *seqq. ff. de legatis* 1. Et sane, si hæres ne rem quidem suam, quam pleno jure proprietatis habebat, a defuncto alienatam vindicare possit, juxta ante dicta; multo minus videtur audiendus, vindicare cupiens rem sibi a defuncto ex causa fideicommissi debitam, in qua tempore alienationis alienans habebat dominii jus, & hæres tantum rei aliquando obtinendæ spem,

spem. Fachineus *controv. lib.* 5. *cap.* 19. Pinellus *ad l.* 1. *C. de bonis maternis part.* 3. *n.* 81. Peregrinus *de fideicommissis d. art.* 53. Joh. a Sande *de prohibit. alienatione part.* 3. *cap.* 8. *n.* 52. De cætero, quando hæres non teneatur præstare factum defuncti, *tit. de acquir. hæredit.* latius tractandum erit. Illud hic monuisse suffecerit, quod, licet is, qui in sola legitima institutus est, repelli non possit a vindicatione totius rei suæ per defunctum alienatæ; ut dixi *tit. de inoffic. testament.* tamen si quis beneficio inventarii adhibito hæreditatem adierit, æque ac alius sine inventario hæres, defuncti factum & alienationem teneatur præstare; cum inventarii beneficium non aliter hæredes ita adeuntes a cæteris simpliciter hæreditatem admittentibus distinguat ac separet, quam in eo, quod creditoribus ultra vires hæreditatis non obstringantur: *l. ult. C. de jure deliberandi*: *§. pen. Instit. de hæred. qualit. & different.* Cui consequens est, ut si fundi sui per defuncti distracti æstimationem habeat ex hæreditate salvam, non possit audiri, factum defuncti impugnare volens; aut si non totam æstimationem salvam habeat, eatenus tantum vindicare ei permittatur, quatenus ei cum effectu abest, sic ut non pars ea, ex qua hæres est, sed tantum modus emolumenti ex hæreditate percepti, spectandus sit in quæstione, an & pro qua parte talis hæres rem suam a defuncto alienatam vindicare possit: eo fere modo, quo id de jure Romano obtinuit in uxore a marito instituta, cujus fundus dotalis per maritum fuerat alienatus: *l. dotale* 13. *§. ult. ff. de fundo dot.* accurate Pinellus *ad d. l.* 1. *C. de bonis maternis part.* 3. *n.* 79. *in fine*. Grassus d. *§. hæreditas quæst.* 12. n. 25. *in med.* Joh. a Sande *de prohib. alienat. part.* 3. *cap.* 8. *n.* 34. 35. Peregrinus *de fideicomm. art.* 33. *n.* 13. Neostadius *Cur. Holland. decis.* 7. *in fine*. Barry *de successionibus lib.* 11. *tit.* 9. *n.* 14. Ant. Matthæus *select. disput.* 3. *ad l.* 14. *C. h. t. n.* 8.

17. Ex adverso nec is, qui rem alienam vendidit & tradidit, si postea vero ejus domino hæres existat, aut alio quocunque modo acquirat dominium, eandem vindicare potest, non tantum, quia regulariter nemo contra suum factum venire debet: *l. post mortem* 25. *ff. de adoption. l. cum profitearis* 4. *C. de revocand. donat.* sed &, quia confirmato jure tradentis, etiam jus accipientis videtur confirmatum, secundum vulgatissima juris axiomata; ac, quem de evictione tenet actio, eundem multo magis agentem repellit exceptio: *l. si a Titio* 72. *ff. de rei vindicat. l.* 1. *pr. & tot. tit. ff. de except. rei vend. & traditæ: l. vindicantem* 17. *ff. de eviction. l. venditrici* 3. *C. de reb. alien. non alienand. l. pen. ff. de fundo dotali*: nihil in contrarium faciente *l. si servo* 20. *ff. qui & a quibus manumiss. liberi non fiunt*: in qua, si quis servo alieno libertatem dederit, datio non subsistere dicitur, licet manumissor postea domino hæres extiterit. Est enim in manumissione quid singulare, eo quod manumissio annumerata fuit actibus legitimis, qui de præsenti debebant vires accipere, quorumque effectus non poterat ex die vel conditione suspensus manere: *l. actus legitimi* 77. *ff. de regul. juris*: sic ut ex manumissione vel statim libertas competere debuerit, vel nulla potuerit temporis aut conditionis existentia convalescere.

18. Usque adeo autem verum est, neminem vindicare posse rem a se alienatam, ut, si fiduciarius pendente fideicommissi conditione alienaverit, ac postea eadem existente, ad rem ex fideicommisso præstandam non modo inceperit obligatus esse, sed & a fideicommissario conventus fuerit, nullam tamen pro re alienata recuperanda actionem sit habiturus; sed magis fideicommissarius ipse eam ab emptore, seu possessore, debeat vindicare, fiduciario pro evictione manente obligato: arg. *l. cum profitearis* 4. *C. de revoc. donation. l. ult. §. pen. C. commun. de legatis.*

19 Si tamen quis non jure rem alienaverit, cujus ipse non dominium sed solam habebat administrationem, non impeditur eandem a quovis possessore vindicare, quippe non in suum, sed tantum in tertii (puta ejus, cujus res est) commodum contra suum veniens factum. Qua ratione tutor pro pupillo jure revocat rem immobilem pupillarem a se sine decreto, atque ita nullo jure, distractam: arg. *l. si prædium* 16. *C. de præd. & aliis reb. minor. sine decr. non alienand.* & pater rem adventitii peculii a se in filiif. præjudicium contra leges alienatam: arg. *l.* 1. *C. de bonis maternis:* maritus rem dotalem contra legis Juliæ prohibitionem alteri traditam: œconomus quoque rem ecclesiasticam non ex præscripto juris in alium translatam: *arg. novell.* 7. *cap.* 5. *pr. & §.* 2. *extravagant. unic. de rebus Ecclesiæ non alienand. cap. si quis presbyterorum* 6. *extra, eod. tit.* Princeps denique, qui sine populi consensu alienavit bona coronæ: *cap. intellecto* 33. *extra, de jurejurand.* Pinellus *ad l.* 1. *Cod. de bonis maternis part.* 3. *n.* 73. Ferdin. Vasquius *controvers. lib.* 1. *cap.* 4. Perezius *ad tit. Cod. de donation. n.* 17. nisi tutor aut pater aut maritus, pupilli vel filii sui defuncti vel uxoris hæres existens, non jam amplius in alterius, sed in propriam utilitatem revocare vellet fundum, nullo jure a se alienatum: arg. *l. post mortem* 25. *ff. de adoption. l. pen. ff. de fundo dotali.* Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 9. *defin.* 17.

20 Porro vindicandæ rei potestatem non habent, qui dominium ejus nunquam adepti sunt; veluti, quibus, cum rem emissent, ac solvissent pretium, res necdum fuit legitime tradita; quibusve sine traditione res pacto vel stipulatione interveniente donata est; quippe qui solam personalem ad tradendum actionem habent: *l. obligationum* 3. *ff. de obligat. & act. l. traditionibus* 20. *C. de pactis*. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 18. *n.* 15. Unde & ad vindicationem rei duobus separatim diverso tempore distractæ, non is, cui priori vendita, sed cui pretio soluto vel fide de eo habita prius est tradita, admittendus est: *l. quotiens* 15. *C. h. t.* sive vera traditio intercesserit, licet tunc instrumenta tradita non fuerint: *d. l.* 15. *C. h. t.* sive ficta, quæ per instrumentorum traditionem aut signationem aut constitutum possessorium contingit, etiamsi naturalis defuerit translatio possessionis: *l.* 1. *C. de donation. l. quod si neque* 14. *§.* 1. *ff. de peric. & commod. rei vend. l. quod meo* 18. *ff. de acqu. vel amitt. poss. DD. ad d. l.* 15. *C. h.*

l. 1. cum fictæ veræque traditionis eadem vis sit, ac fictio tantum operari soleat in casu ficto, quantum veritas in casu vero. Cui consequens est, ut si uni prius facta sit ficta traditio, alteri dein vera; prior ex ficta traditione potior futurus sit; eo quod ipsi dominium ex traditione ficta semel quæsitum, adimi non potuit facto venditoris, dominio jam destituti: Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 55. *n.* 10. Ant. Faber *Cod. lib.* 3. *tit.* 22. *de rei vindicat. defin.* 4. Si tamen emptor secundus, sciens rem priori distractam esse, nihilominus emerit, & possessionem ex traditione fuerit adeptus; priori quidem non ob id vindicatio accommodanda est, quippe necdum domino; sed in factum actionem personalem ei contra secundum fraude non carentem dari oportere, quidam censent, ne dolus ei prosit: arg. *tot. tit. ff. quæ in fraud. credit. facta sunt, ut restit.* Uti & in casu, quo res secundo emptori, utut in bona fide constituto, est tradita, postquam prior jam cœperat actione ex empto rem venditam persequi; eo quod litigiosa tunc esse cœpit: arg. *tot. tit. ff. & Cod. de litigiosis*. Andr. Gayl. *d. lib.* 2. *observat.* 55. n. 11. Anton. Matthæus *paræmia* 7. *n.* 6. Sim. van Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 19. *n.* 26. Gomezius *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 20. vers. *secundo principaliter limit.* Sic & excipiunt venditionem aut donationem ejusdem rei per Principem duobus separatim factam; quo casu emptorem primum aut donatarium semper potiorem esse contendunt, etiamsi posteriori res tradita fuisset, nec ex possessione, sed titulo priore, jus omne deducendum esse. Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 13. vers. *quæ limitatio*. Quid quod & ex jure canonico in beneficiorum ecclesiasticorum collatione id obtinet, ut prior sit, cui prius illud collatum fuerit, nulla quasi possessionis prius aut posterius obtentæ habita ratione: *cap. tibi, qui* 12. *de rescriptis in* 6. *cap. si tibi absenti* 17. *de præbendis & dignit. in* 6. Andr. Gayl. *d. lib.* 2. *observ.* 55. *n.* 9.

21 Denique, cum id quod pecunia mea comparatum ab alio est, meum non fiat, etiam neminem vindicare posse rem suis nummis per alium emptam, jam supra observatum est ex *l. si ex ea* 6. *C. h. t. l.* 1. *l. mancipia* 3. *l. multum interest* 6. *l. qui aliena* 8. *l. ult. C. si quis alteri vel sibi sub alterius nomine: l. ad probationem* 21. *C. de probationibus*. Quod exceptionem patitur in minore & milite, quibus utilis rei vindicatio pro rebus, per tutores ex pecunia pupillari, aut per alios ex militari pecunia, emptis est prodita: *l. & si tutores* 2. *ff. quando ex facto tut. vel curat. min. agere vel conveniri deb. l. si curator* 3. *C. arbitrium tutelæ: l. si ut proponis* 8. *C. h. t.* Uti & in uxore, quæ cum pecuniam marito donasset, & ex pœnitentia donationem revocaret, vindicare utiliter potuit res per maritum inde comparatas, si is solvendo non esset: *l. uxor marito* 55. *ff. de donat. inter vir. & uxor.* Quemadmodum & res ex pecunia dotali per maritum emptas, quoties ea mente per maritum emptæ, ut dotales essent: de quo casu accipienda *l. si cum dotem* 22. *§. ult. ff. soluto matrimonio l. ita constante* 26. *& l. seqq. l. res quæ* 54. *ff. de jure dot.* junct. *l. cum in fundo* 78. *§. si fundus* 4. *ff. eod. tit.* si enim eas maritus, velut suum gerens negotium, comparasset, sola personalis uxori actio pro pecunia danda foret: *l. ex pecunia* 12. *C. de jure dot.* Et quamvis militum intuitu hoc jus singulare nostris & aliorum moribus cessare verius sit; eo quod nunc cessare videtur privilegii ratio, per ea, quæ observata a Groenewegio *ad d. l.* 8. *C. h. t.* in pupillis tamen quo minus etiamnum juri Romano standum foret, ratio non suppetit. Vide Carpzovium *defin. forens. part.* 1. *constit.* 28. *defin.* 109. Sunt tamen & alii, qui, licet proprie & strictiore sensu domini non sint, utilem tamen rei vindicationem exercere possunt, veluti illi, quos utiles dominos appellamus, quales emphyteutæ, vasalli, superficiarii: *l.* 1. *§.* 1. *ff. si agere vectig. id est emphyteut. petat. l. in speciali* 73. *in fine l.* 74. 75. *ff. h. t.* Sed &, quibus vendita fuit a vero rerum domino in rem actio, utili, non directa, experiri possunt: *l. ult. C. de hæred. vel act. vend.* quique rem mortis causa ita donarunt, ut statim in donatarium transeat dominium, si dein ex pœnitentia voluerint revocare: *l. si mortis* 29. *& l.* 30. *ff. de mortis causa donat.* vel donarunt inter vivos sub certo modo, si ei paritum non sit: *l.* 1. *C. de donat. quæ sub modo*. Domini quoque tabulæ, cui alius picturam imposuit: *§. si quis in aliena* 34. *Inst. de rer. divis.* Ad hæc illi, quorum arbor in agrum alienum translata fuit facto ejus, cujus ille ager est, & coaluit: *l. idem Pomponius* 5. *§. de arbore* 3. *ff. h. t.* directæ enim, quia dominium translatum fuit, non potuit his in casibus locus esse: *l. hoc amplius* 9. *§. Alfenus* 2. *ff. de damno infecto*. Nisi malis potius illam l. 9. §. 2. accipere de coalitione, quæ contigit sine facto domini, cujus agro hærebat crusta terræ cum arbore; quo casu neque directam neque utilem dari vindicationem crustæ vel arboris, quæ coaluit, dictum *in tit. de acquir. rer. domin.* n. 16. *in fine*.

22 Instituitur rei vindicatio adversus quosvis bonæ vel malæ fidei possessores; sic ut ex æquo & bono non illi tantum condemnandi sint, qui ante litem contestatam possidebant, sed & qui lite demum pendente cœperunt possidere: uti ex adverso absolvendi, si id quod litis contestatæ tempore possidebant, ea pendente desierint possidere: *l. sin autem* 27. *§. possidere* 1. *ff. h. t. l. si hæreditatem* 4. *l. item videndum* 18. *§.* 2. *ff. de petit. hæred. l. tigni* 7. *§. si quis non* 4. *ff. ad exhibend.* Adde *supra h. t. n.* 4. Datur insuper adversus possessorum hæredes, quatenus possident; non enim hæredes, qua tales, sed qua possessores conveniendi sunt. Unde, si unus tantum ex pluribus hæredibus rem totam possideat, is quoque solus ad eam restituendam in solidum damnandus est: *l. si possessor* 55. *ff. h. t.* si vero nullus eorum possideat, omnes absolvendi: *l. si in rem actum* 42. *ff. h. t.* Quo faciunt tradita a Jacobo Coren *observat.* 8. *n.* 1. Radelantio *Curiæ Ultraject. decis.* 110. *n.* 4. Sed & adversus eos datur, qui liti sese obtulerunt, nisi actor sciverit eos non possidere: *l. si is, qui* 7. *l. is, qui se* 25. *l.* 26. 27. *ff. h. t.* quique dolo malo desierunt possidere: *l. sin autem* 27. *§. sed & is* 3. *ff. h. t.* quibus defunctis, hæredes non hac, sed in factum actione conveniri possunt, quatenus ex dolo defun-

functi locupletiores redditi: *l. cum autem* 52. *ff. h. t.* nisi lite jam mota decessisset is, qui dolo malo desierat possidere; tunc enim in solidum hæres ejus condemnandus foret ex defuncti dolo: *l. si in rem* 42. *ff. h. t.* Quæ plenius tractata vide *tit. de petit. hæredit.* Nudos rerum detentores quod attinet, veluti conductores, commodatarios, depositarios, & similes, illi quidem hac possunt actione conveniri, cum & teneant rem, & restituendæ rei facultatem habeant: *l. officium* 9. *ff. h. t.* declinare tamen judicium possunt, ac dimittendi sunt, si eum nominent, cujus nomine detinent: *l. si quis* 2. *C. ubi in rem actio:* que de nominatione vide latius Meyerum & Taborem *Collegio Argentorat. ad Pand. tit. de judiciis sub n.* 154. Sed si ad finem usque in judicio substiterint hi nudi detentores, non nominato auctore suo, condemnandi sunt ad restitutionem tanquam tales, qui se liti videntur obtulisse, ac in eos dirigenda executio sententiæ; quippe quæ veris rerum possessoribus haudquaquam est nocitura: *arg. d. l. 2. C. ubi in rem actio: l. sæpe constitutum* 65. *ff. de re judicat.*

23 Non tamen hanc patiuntur actionem, qui rem alienam a fisco emerunt, aut a Principe vel augustæ domo: eo quod hi statim securi sunt; sola adversus fiscum actione intra quadriennium indulta iis, qui pro rei alienatæ dominio putaverint aliquem sibi competere petitionem: *§. ult. Instit. de usucapionibus, l. 2. l. 3. C. de quadriennii præscriptione:* DD. *ad d. ll.* Respons. JCtorum Holl. *part. 4. consil.* 128. *quæst.* 2. Similiter, nec illi rei vindicatione conveniendi sunt, qui, cum possessionem nunquam fuissent adepti, dolo malo fecerunt, quo minus eam, cum possent, adipiscerentur: quod non leviter ex eo firmatur, quod is, qui tantum non acquisivit dolo malo, seu duntaxat omisit possessionem, non teneatur actione in factum ad id quod interest, quasi fecisset alienationem judicii mutandi causa: *l. item* 4. *§. itemque* 1. *in med. ff. de alienat. judic. mut. caus.* junct. *l. non alienat.* 119. *ff. de reg. juris:* quæ sane in eum danda fuisset actori, si actor adversus eum ob id, quod possessionem omiserat, potuisset rei vindicationem movere; cum utique parum referret, utrum actor omissione an amissione possessionis agere impeditus esset: sic ut nec alia probabilis ratio reddi possit, cur adversus eum, qui tantum omisit possessionem adipisci, denegetur ista in factum actio, quam, quia actori necdum erat natum jus rei vindicationis adversus ipsum movendæ; ut dixi *tit. de alienat. jud. mut. causa.* Et licet alibi definitum inveniatur, eum quoque, qui rei hæreditariæ possessionem non est adeptus dolo malo, teneri petitione hæreditatis: *l. sed & si* 25. *§. perinde* 8. *ff. de petit. hæred.* id tamen ad rei vindicationem producendum non est: cum enim hæreditatis petitione is conveniatur, qui pro possessore jam possidet jus hæreditatis, juri isti possesso cohærebat necessitas acquirendi possessionem rerum hæreditariarum ad jus illud hæreditatis pertinentium; at in rei vindicatione res singularis spectatur, quam nemo, sciens alienam esse, tenetur occupare vel acquirere. Alter scilicet jam possessor hæreditatis erat, alter nullatenus rei singularis. Et quod in petitione hæreditatis disposita de dolo præterito, etiam haud absurde ad specialem in rem actionem dicuntur reducenda, in *l. sin autem* 27. *§. sed & is* 5. *ff. h. t.* ad facti speciem in *d. §.* 3. propositam de eo, qui dolo possidere desiit, restringenda sunt.

24 Ut autem hac actione rem actor obtineat, necesse est, ut primo quidem rei vindicandæ notas exprimat ac qualitates, quibus illa a rebus aliis dignosci potest & segregari, pro rei cujusque natura: veluti materiæ infectæ pondus, factæ formam seu speciem, signatæ numerum, vestis colorem, fundi nomen, si quod habeat, ac situm, & alia id genus plura recensita in *l. si in rem* 6. *ff. h. t. l. in actione furti* 19. *pr. & §.* 1. 2. 3. 4. *ff. de furtis.* Si tamen quis juret, pro certo se colorem, aut pondus, aut jugerum quantitatem, aut nomen proprium, aliamve quam designationem specificam haud posse dicere, non adeo videtur coarctandus actor, nec illud ipsi fraudi erit, si de cætero in ipsa non defecerit dominii probatione: *d. l. in actione* 19. *§. de veste* 4. *ff. de furtis:* junct. *l. idem Pomponius* 5. *§. pen. & ult. l.* 6. *in med. ff. h. t.* Etenim præter hujusmodi rerum designationem ante omnia incumbit agenti probatio dominii: quam si adimplere nequiverit; possessor absolvendus est, quippe cujus meliorem esse oportere in pari causa conditionem, in aperto est: *l. officium* 9. *ff. h. t. l. a possidentibus* 21. *C. h. t.* arg. *l. cogi* 11. *C. de petit. hæred. l. qui accusare* 4. *C. de edendo: l. in pari causa* 128. *ff. de reg. Jur.* Probatur vero dominium, si doceatur dominium auctoris, simulque causa seu titulus habilis transferendi per eundem in actorem dominii: arg. *l. traditio nihil* 20. *ff. de acquir. rer. domin.* idque vel testibus vel instrumentis vel aliis quibuscunque legitimis probandi modis: *novell.* 18. *cap. illud quoque* 10. *in pr.* Quin imo, ex quo his in regionibus obtinuit, non aliter, quam coram lege loci facta solemni traditione rerum immobilium transferri dominia, sufficere visum fuit, si petitor hanc ipsam solemnem traditionem a domino sibi factam probet, etiamsi forsan aliunde ipsum traditionis & acquisiti dominii titulum non posset docere; eo quod præsumendum in dubio est, illum præcessisse actum, qui præcedere jure debuit, factamque fuisse traditionem ex vi præcedentis contractus, sine quo non potuisset subsistere: arg. *l. cum in testamento* 57. *ff. de hæred. instituend. §. si scriptum* 17. *Instit. de inutil. stipulat.* Henricus Kinschot *responso* 98. *n.* 1. 2. 3. 4. 5. (*in editione ann.* 1653. Franciscus Kinschot *Responso* 12. *in pr. & n.* 1. 2. 3. 4. 5.) Fachineus *controvers. lib.* 2. *cap.* 5. Menochius *de præsumption. lib.* 6. *præsumpt.* 5. & 7. nisi ipsum traditionis solemnis instrumentum falsitatis fraudisque interpositæ suspicione laboret; cujus specimen insigne est apud Neostadium *Curiæ supremæ decis.* 66. Ubi autem per actorem probata est dominii acquisitio, secundum jam dicta, necesse non est, ut jus illud dominii etiamnum in se continuatum esse demonstret; sed magis ex facta dominii probatione præsumitur continuatio ejus, donec possessor docuerit, illud iterum ab eo recessisse; cum id ipsum facti sit, dum ex vulgato juris axiomate id quod meum est sine facto meo ad alium non potest trans-

ire

ire; atque insuper meram facti negationem contineat illud, *dominium non recessisse*, cujus per rerum naturam probatio nulla est *l. actor* 23. *C. de probation.* Qua ratione, cum actor probasset patrem suum fuisse rei petitæ dominum, & se patris sui hæredem, rescriptum fuit, adversarium possessorem ad id, ut doceat, quonam jure dominus ipse factus sit, compellendum esse: *l. sive possidetis* 16. *C. de probation.* Menochius *de præsumption. lib.* 6. *præsumpt.* 62. Quibus vero ex circumstantiis, quibusque ex factis, quisque vel præsumatur vel probetur dominus esse, prolixissime tractatum vide apud Mascardum *de probationibus ad verbum* dominium *conclus.* 536. *& multis seq. usque ad conclus.* 555. Signorum utique impositionem, aut insignium gentilitiorum, solam sufficientem non facere probationem, tradit Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 4. *defin.* 47. nec elocationem longo tempore factam, *d. lib.* 4. *tit.* 14. *defin.* 14.

25 Quod si hac conventus actione non tantum jus dominii adversario competere neget, sed & se possidere eat inficias, ac mendacii convincatur, possessione privatur in actorem transferenda, etsi ille rem suam esse non adprobaverit; sic ut deinceps reus eam contendens suam esse, actoris partes teneatur obtinere: *l. ult. ff. h. t.* Nec est quod cum Groenewegio *ad l. qui petitorio* 36. & *l. ult. ff. h. t.* statuatur, in desuetudinem moribus abiisse hanc mentientis pœnam. Non enim hæc pœna proprie dici potest, sed potius possessionis abdicatio, & juris sui qualisqualis renunciatio, dum judicio contendere non vult: sic ut possessionis ademptio ei secundum suam eveniat voluntatem. Cui accedit, quod quæ Romanos ad hujus juris definitionem ratio movit, ea etiamnum ubique remanserit, quod nempe *in rem actionem pati nemo compellatur, quia licet ei dicere se non possidere*, ut Jurisconsultus in *d. l. ult.* ratiocinatur. Ac denique non parum roboris huic nostræ addit sententiæ, quod & usu hodierno receptum sit, reum conventum actione in rem, ac ante sententiam in contumacia hærentem, possessione privandum esse, actore in rei petitæ possessionem mittendo: licet eo casu id reo datum sit, ut intra annum se sistens, refusis impensis & præstita de in posterum sistendo cautione, possessionem possit recuperare; post annum vero frustra id petierit, actoris quippe partes tunc tantum, si ita videatur, obtenturus: *Instruct. Curiæ Holland. art.* 110. Merula *prax. lib.* 4. *tit.* 33. *cap.* 2. Anton. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 10. *in med.*

26 Vindicantur hac actione res corporales, mobiles, immobiles, sese moventes, sive singulares sint, sive rerum universitates; si modo corporum, non jurium sint universitates: sic enim recte quidem in hanc deduxeris actionem armentum aut gregem, solis quippe constantem corporibus; at non peculium, aut hæreditatem, cum hæc non corporum, sed jurium nomina sint, & juris intellectum habeant, nec tantum res comprehendant vindicantium proprias, sed & alienas, depositas, commodatas, pignori datas, & plures alias: *l.* 1. §. 3. *l. vindicatio* 56. *ff. h. t.* junct. *l. hæreditas* 50. *pr. ff. de petit. hæred.* Et quamvis in grege quoque oves alienæ esse possint, nec tamen ob id impedita sit gregis vindicatio, *quia grex, non singula corpora vindicantur*, ut ait Ulpianus in *d. l.* 1. §. 3. *ff. h. t.* considerandum tamen, non obstante eo, quod alienæ oves in grege inveniantur, nos gregem nostrum vindicantes nostras tantum persequi oves gregem nostrum constituentes, non item cæteras, nostro licet gregi permixtas; quippe quæ neque pertinent ad eum cui miscentur gregem, neque pars ejus sunt, sed a suo domino vindicari possunt: *l. sed si par.* 2. *l. in rem actio* 23. §. *item quæcumque* 5. vers. *at in his ff. h. t.* §. *quod si frumentum* 28. *Inst. de rer. divis.*

27 Vindicat autem quisque vel rem totam, si ex asse dominus sit, vel partem ejus, si pro parte: *l. quæ de tota* 76. *pr. ff. h. t.* eamque regulariter certam, non incertam, nisi justam habeat ignorandi causam, quanta ad ipsum portio pertineat; quo casu & incertæ partis vindicatio permissa est: veluti, si legatarius corpus legatum petat, in quo falcidiæ quidem locus est, sed incerta est detractionis mensura seu modus: *l. quæ de tota* 76. §. 1. *ff. h. t. l. etsi non* 8. §. *si incertum* 1. *ff. communi dividund.* arg. *l.* 1. §. *ult. ff. si pars hæred. petat.* vel si res plurium dominorum ita confusæ sint, ut deduci & separari nequeant; vel etiam commixtæ ita, ut difficilis sit separatio, & incertum sit, quæ rei cujusque bonitas fuerit, quæve quantitas aut pondus: *l. Marcellus* 3. §. *ult. l.* 4. *l.* 5. *ff. h. t.* §. *quod si frumentum* 28. *in fine Instit. de rerum divis.*

28 Quod si res nostra pro parte perierit, eam saltem partem vindicamus, quæ superest; veluti, aream & rudera, destructa domo; corium, carnes, cornua, perempto animali: *l. solum* 49. *pr. &* §. 1. *ff. h. t. l. si servus* 14. §. *bove* 2. *ff. de condict. furt.* Ant. Matthæus *de auctionib. lib.* 1. *cap.* 18. *n.* 8. cui tamen graviter obloquitur Paulus JCtus, bove legato & extincto, neque corium neque carnes deberi contendens: *l. mortuo* 49. *pr. ff. de legatis* 2. & Ulpianus *l. quid ergo* 53. §. *sed si animal* 5. *ff. de legatis* 1. Verum haud inepte responderi potest, in legato animalis aliud obtinere, quia dominium naturaliter & vere ad legatarium non pertinuit ante traditionem, sed tantum civiliter ex juris fictione. Neque hanc responsionem subvertit, quod Pomponius scripsit, grege legato & ad unam ovem redacto, eam deberi, quamvis grex desiisset esse; & destructa domo legata, aream posse vindicari: *l. si grege* 22. *ff. de legatis* 1. Quod enim area debeatur, id inde est, quia in proprietatis legato area principalior legatæ domus pars est, cum notum sit, inædificata areæ seu solo cedere: *l. qui res suas* 98. §. *ult. ff. de solution.* æquum ergo non fuit, pereunte eo, quod erat accessorium, extingui legatum ejus, quod principale est. Et gregem quod attinet, licet ad unam ovem pervenerit, & ita naturaliter grex esse desierit, tamen, quia civiliter grex manet, & in uno capite superstite stat nomen universitatis: *l. sicut municipum* 7. §. *ult. in fine ff. quod cujusque universit. nomine:* fas erat, ovem, in quam jus & nomen gregis reciderat, præstari. Quæ si cui minus arrideant, recurri forte poterit ad diversitatem antiqui juris inter vindicationis & damnationis legata, ita ut in legatis quidem vindicationis, extin-

cta

eta re, id quod superesset peti potuerit, tanquam in legatarii constitutum dominio; quo de casu agit *d. l.* 22. bis *vindicationis* expressionem habens; in damnationis vero legatis, tanquam non dominium, sed debilius obligationis personalis jus legatario tribuentibus, ejus, quod superesset, nec retinuisset nomen totius, petitio non fuerit indulta; sed vel totius æstimatio præstanda fuerit, si culpa intervenisset, vel nihil, si merus mortalitatis casus. Et de his accipi debere *d. l.* 53. §. 5. *ff. de legatis* 1. & *l.* 49. *pr. ff. de legatis* 2. non inde tantum colligi potest, quod in *d. l.* 49. *debendi* mentio fiat, proprie ad actiones in personam, non ad vindicationes relationem habens; sed & præcipue ex eo, quod tum in subjuncto §. 3. *d. l.* 49. tum in præcedente §. 2. *d. l.* 53. nominatim *dare damnatus* & *dare jussus* dicatur hæres.

29 Non tamen recte vindicantur commerciis hominum exemptæ res; non liberi homines, nisi liberi a patre, in cujus erant potestate, & quadam quasi proprietate, ex *jure Quiritium* vindicentur: *l.* 1. §. *per hanc* 2. *ff. h. t.* junct. *l. interdictorum* 2. §. *quædam* 2. *in verbis*, *velut proprietatis ff. de interdictis sive extraord. act.* Non etiam res sacræ, tanquam ex privato dominii jure, cum magis divini juris, & ita nullius in bonis sint: *l. in rem actio* 23. §. *loca sacra* 1. *ff. h. t.* junct. §. *nullius* 7. *Instit. de rer. divis.* quæ tamen, in quantum ecclesiæ bona sunt, & ad eam pleno dominio, ususfructus ac proprietatis jure, dicuntur pertinere: *l. raptores* 54. *in med. C. de episcop. & clericis:* junct. *d. l.* 2. §. 2. *ff. de interdict. sive extraord. act.* iniquo possessori per œconomos ecclesiæ aliosque similes extorqueri, & ita generaliter vindicari possunt: *l. sancimus nemini* 21. *C. de sacrosanct. eccles.* Non denique res alienis junctæ rebus, sic ut separari facile nequeant, natura, vel legis dispositione; natura, dum juncta per ferruminationem, non item per applumbaturam: *l. in rem actio* 23. §. *item quæcunque* 5. *ff. h. t.* lege, dum tignum ædibus aut vineæ junctum est, ne urbs ruinis deformetur, neve vinearum turbetur cultus: *l.* 1. *pr. ff. de tigno juncto: d. in rem actio* 23. §. *tignum* 6. *ff. h. t.* licet extrinsecus vindicatio talis tigni, si dolo junctum fuerit, impedita non sit, dum ejus æstimatio ab eo petitur, qui junctum habet, tanquam qui dolo desiit possidere: *d. l.* 1. *in fine* & *l.* 2. *ff. de tigno juncto: d. l.* 23. §. 6. *ff. h. t.*

30 Restituendæ veniunt ex hac actione res una cum fructibus, de quibus ex professo agendum *tit. de acquir. rerum dominio:* omnique insuper causa, id est omni eo, quod petitor habiturus esset, si eo tempore, quo judicium accipiebatur, res fuisset restituta: *l. præterea* 20. *ff. h. t.* junct. §. *si ad exhibendum* 3. *Instit. de offic. judic.* & eo quidem in loco, in quo sunt ac petuntur; adeo ut, si dolo rei fuerint alio translatæ res mobiles vindicatæ, sumptibus ejusdem atque periculo ad locum judicii reducendæ sint; sin sine dolo ejus, impensis victoris: *l. si res mobilis* 10. *l.* 11. *l.* 12. *ff. h. t.* Nec indultum hic condemnatis quadrimestre spatium, sed in continenti facienda restitutio; nisi alio in loco res mobilis existat, quo casu modica arbitrio judicis foret concedenda dilatio reo, cautionem de re intra tempus præfinitum reddenda præstanti: §. & *si* 2. *Instit. de officio judic.* Quemadmodum & ad rem cum fructibus & deteriorationis æstimatione restituendam condemnatus non ita fructuum intuitu, uti quidem respectu rei principalis, præsentem patitur executionem, sed prius summarie seu de plano ventilatione inter actorem reumque intercedente, judex definiet liquidumque efficiet quantum fructuum damnique nomine præstandum sit; cujus judicii summarii modum & ordinem tradit Wassenaar *pract. judic. cap.* 22. *n.* 12. 13. 14. & 15.

31 Quod si possessor condemnatus contumaciter restitutionem adimplere detrectet, manu militari res ei auferri potest; adeo quidem, ut non minus hodie, quam jure civili victor per apparitorem auctoritate judiciali constituatur in rei restituendæ possessione, reo inde exturbato: *l. qui restituere* 68. *ff. h. t. art. l. si finita* 15. §. *ubi autem* 23. *ff. de damno infect. l. si quis missus* 3. *ff. ne vis fiat ei, qui in possess. missus erit. Instruct. Curiæ Holland. artic.* 172. *Curiæ Ultrajectinæ titul.* 16. *van executie artic.* 1. Neque hanc rei vindicatæ restitutionem aut faciendam manu militari ablationem moratur aut impedit, quod reus sese jus pignoris aut superficiei aut ususfructus habere contendat; cum de his alio succumbentem oporteat judicio experiri: arg. *novell.* 18. *cap. illud quoque* 10. arg. *l. si quis conductionis* 25. *C. de locato.* Uti nec, quod tertius rem eandem a reo eodem jam condemnato vindicare allaboret: si enim pendente lite, ex qua reus recessit victus, posterior vindicatio moveri cœpta sit, vel alia quædam lis inchoata, ita judex rem petitori jubebit restitui, ut is possessori superato caveat de indemnitate, seu *si alter rem posteriore vicerit judicio, eam præstare*. Sin lite jam per sententiam finita alius demum de eadem re litigare desideret, ne cautione quidem præstita res victori restituenda foret, victorque ipse nova illa per tertium actione conveniendus; non victus, utpote qui neque possidet, neque dolo vel culpa sed auctoritate judiciali desiit possidere: *l. is, a quo* 57. *l. a quo servus* 58. *ff. h. t.* Covarruvias *practic. quæstionum cap.* 16. *n.* 3. Sed & si reus ratione rei restituendæ caverit, veluti, damni infecti nomine vicino ob vitium ædium, non probabiliter restitutionem sententia comprehensam facere detrectat, si modo ei de indemnitate cautio fiat: *l. ipsi quoque* 19. *ff. h. t.* junct. *l. aliud est capere* 71. §. 1. *ff. de verbor. signif.* in quibus legibus formula *his rebus recte præstari*, non aliud denotat, quam viri boni arbitratu promissa præstari; sic enim eo sensu voculam *recte* formulis multis inseri solitam fuisse, vide apud Brissonium *antiquit. lib.* 1. *cap.* 9. Plane pro impensis recuperandis quin possessor jam condemnatus jure retentionis gaudeat, extra dubitationem positum est: §. *ex diverso* 30. *Instit. de rer. divis. l. si in area* 33. *in fine ff. de condict. indeb.*

32 Verum si ex adverso rei restituendæ facultatem reus non habeat, videndum an dolo ac culpa ejus, an casu id contigerit. Si enim dolo possidere desierit, in quantum adversarius in litem juraverit, præstare cogitur: *l. qui restituere* 68. *ff. h. t.* Ad-

de

de *tit. de in litem jurando*. Nec eo in casu cedendæ ei, contra quem juratur, actiones rei istius nomine competentes, nec publiciana ei accommodanda est, nec de evictione præstanda cautio, in doli pœnam: *l. & ex diverso* 35. §. *petitor* 2. *l. si culpa* 63. *l. is, qui dolo* 69. *nec quasi* 70. *ff. h. t.* Nec obstat, quod agens actione de servo corrupto, si duplicatam totius servi, tanquam nihil valentis, æstimationem consecutus fuerit, cedere cogatur corruptori actiones de dominio servi competentes: *l. ut tantum* 14. §. *ult. ff. de servo corrupto:* id enim ideo illo in casu receptum, quia dominus ex eo fundamento totam servi æstimationem adeptus fuerat, quod diceret, nullius eum pretii esse & plane inutilem: ne ergo, si adhuc retinere vellet, fateri videretur, superesse etiamnum aliquam in servo corrupto utilitatem, evitandæ illius suspicionis causa cedere debuit jus omne, quod in eo habebat. Sic nec adversatur, quod in depositi aut commodati judicio, cum res dolo adversarii abest, condemnato tamen succurri soleat, ut ei actionibus suis dominus cedat: *l. in depositi* 12. *ff. de re judicata:* nam (ut sileam, esse, qui distinctione inter æquitatem & jus strictum interposita conciliationem tentant inter *d. l.* 69. & *d. l.* 12. Gothofredus *ad d. l.* 12.) considerandum insuper, aliud non immerito in actionibus personalibus, quales sunt commodati & similes definitum fuisse, quam in rei vindicatione: cum enim dominii major vis sit quam obligationis, atque adeo gravius quoque peccet, restitutionem dolo non faciens, quando reali actione convenitur ex jure dominii, quam quando personali ex obligatione, quis quæso absurdum arbitretur, dolum admissum in uno etiam casu durius fuisse quam in altero coercitum?

53 Aliud observatum, si quis non dolo sed culpa desierit possidere; tunc enim simplicem tantum, non vero ex affectione vindicantis, æstimationem præstat: arg. *l. qui petitorio* 56. §. 1. *ff. h. t.* idque si vel malæ fidei possessor ante litem contestatam culpa possidere desierit; vel post litem contestatam (non item ante) possessor bonæ fidei; quippe per litis contestationem in mala constitutus fide; nec ab alio, ab initio in mala fide posito, deinceps separandus: *l. si a bonæ fidei* 21. *l. fructus* 33. *l. si homo* 45. *l. si culpa* 63. *ff. h. t.* Eoque casu non modo cedendæ condemnato reo actiones rei nomine competentes, sed & sine cessione utilem publicianam tum contra tertium, tum contra dominum ei prætor accommodat; sic ut nec facile dominus, qui litis æstimationem consecutus est, audiendus sit, si velit restituere pecuniam antea ex judicati causa receptam: *d. l. si culpa* 63. *ff. h. t.* cum litis æstimationem præstans emptoris loco habeatur: *l.* 1. *l.* 3. *ff. pro emptore:* & possessionem rei ex domini voluntate nactus, etiam rei dominium acquirat: *l. ejus rei* 46. *l.* 47. *ff. h. t.* Observandum tamen, id quod infans vel furiosus possessor perdiderit corruperitve suo facto, impunitum esse: *l. quod infans* 60. *ff. h. t.*

54 Sed si sine dolo & culpa possessoris res casu fortuito perierit aut desierit possideri; si quidem ante litem contestatam, nec bonæ nec malæ fidei possessor tenetur: arg. *l. si navis* 62. *ff. h. t.* sed solus fur aut prædo, quoties is domino non obtulit restitutionem: *l. si pro fure* 7. §. *ult. l.* 8. *ff. de condict. furtiva*. Sin post litem contestatam, malæ fidei possessorem, qui prædo est, non minus post, quam ante litem contestatam teneri, manifestum est, tum arg. *l. illud quoque* 40. *ff. de petit. hæred.* tum etiam ex eo, quod actor litem contestando deteriorem non soleat facere conditionem suam, sed plerumque meliorem: *l. non solet* 86. & 87. *ff. de regul. jur.* qui vero male fide possidet quidem, sed prædo non est, ita demum præstare debet interitum rei, si illa penes actorem non eodem modo fuisset peritura; dum forte is se distracturum fuisse docet: *l. item si verberatum* 15. §. *ult. l.* 16. *ff. h. t.* arg. *l. de eo* 12. §. *si post* 4. *ff. ad exhibend. l. item si* 14. §. *quid si homo* 11. *ff. quod metus causa:* *l. cum res* 47. §. *ult. ff. de legatis* 1. At possessor bonæ fidei ne eo quidem casu tenetur: *d. l. illud quoque* 40. *ff. de petit. hæred.* nisi insuper satis intelligens, rem ad se non pertinere, litigare maluerit, quam restituere: arg. *l. nemo rem suam* 82. §. 1. *ff. de verbor. obligat. l. quod te mihi* 5. *ff. de rebus creditis*. Adde *tit. de petit. hæredit. n.* 17. Nec hisce distinctionibus refragatur, quod generaliter legibus traditum invenitur, rem post moram factam perire moratori, & periculum omne rei post moram ad debitorem spectare: *l. si servus legatus* 108. §. *si servus* 11. *ff. de legatis* 1. *l. si ex legati* 23. *ff. de verbor. oblig.* Neque enim novum est, leges generalius loquentes, per alias distinctius rem tractantes explicationem recipere ac restrictionem. Neque hic cum Bachovio *in notis ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 15. *thes.* 7. *lit. B.* & aliis confugiendum existimo ad distinctionem inter actiones in rem & in personam; quasi in actionibus in personam mora sine distinctione moratorem ad periculi & casus fortuiti præstationem obstringeret, in actione in rem non ita indistincte. Etenim primo quidem in ipsis in personam actionibus non promiscue moram omnem reddere debitorem periculo rei obnoxium, sed demum, si non solvet interpellatus, cum aliqua appareret justa causa, propter quam intelligere debebat, se dare oportere, constat ex *d. l. quod te* 5. *ff. de reb. credit.* & *d. l. nemo rem* 82. §. 1. *ff. de verb. obligat. l. cum res* 47. §. *ult. ff. de legat.* 1. uti &, si non eodem modo penes actorem fuisset peritura; alioquin actori rem perire, reumque absolvendum esse, in materia depositi respondit Gajus *l. si plures* 14. §. 1. *in fine ff. depositi:* junct. *l. si in Asia* 12. §. *ult. ff. eod.* Sed & secundo, nulla reddi potest sufficiens differentiæ ratio, cur magis in actionibus in personam, quam in actionibus in rem, mora reum oneraret: cum utique manifestum sit, potentius esse dominii quam obligationis jus, adeoque magis peccet non restituens domino jus firmissimum dominii habenti, quam si non solvat creditori nullum habenti jus in re. Nam quod Bachovius *d. loco* ait, moram perpetuare *obligationem*, actiones vero in rem non esse ex obligatione; id captiosum profecto est, nec dubium, quin, si tanta obligationis vis sit, ut periculum in obligatum derivet ex mora, longe major esse debeat vis dominii

ad

ad periculum in possessorem iniquum transferendum. Quemadmodum & frivolum illud est, quod dominium, cujus probatio difficillima, in incerto sit, &, ut maxime de suo jure dubitet possessor, non tamen protinus petitorem dominum esse sequatur; id vero secus esse in actionibus in personam, quæ ex conventionibus cum ipso debitore initis descendunt. Quis enim, quæso, ignarus est, posse hæredem conveniri ex facto defuncti, cujus merito allegat ignorantiam; posse conveniri unumquemque ex quasi contractu, & non sine causa dubitare, an ex quasi contractu, indebiti solutione, hæreditatis aditione, ac similibus, debitor sit; denique justam sæpe dubitandi causam esse, an is, qui debitorem ad solvendum interpellat, habeat agendi jus, licet interpellatus se debitorem esse haud eat inficias: *l. si debitor.* 42. *ff. de petit. hæredit.* Ut proinde frustra sint, quotquot inter actiones in rem & in personam hac in parte differentiæ rationes confingere allaborant.

35 Sive autem de interitu rei post litem contestatam contingente possessor teneatur, sive non, non tamen ideo fructuum aut operarum omnisque utilitatis post litem contestatam inde perceptæ controversia perempta est: nam si res lite pendente casu perierit, præstanda fructuum & operarum omnisque utilitatis perceptæ vel honeste percipiendæ æstimatio, usque ad tempus illud, quo res ita interiit, computanda: *l. pen. ff. h. t. l. utique autem* 16. *ff. h. t.* sin dolo vel culpa, solvenda foret operarum fructuumque æstimatio, quos re non perempta ad sententiam usque possessor fuisset percepturus: *l. fructus* 33. *ff. h. t.*

56 Cæterum, si quas possessor in rem reddendam impensas fecerit, nullam quidem pro. earum sive illiquidarum, sive liquidarum, restitutione actionem habet; sed retentione sola sibi potest consulere; ut latius dictum *tit. de petit. hæred.* Nec tamen pro impensis quibuscumque retentio indulta est: etenim voluptuarias quidem tam malæ quam bonæ fidei possessor tollit, quoties id fieri potest sine rei detrimento, ac id quod tollitur, utile post separationem tollenti futurum est; nisi paratus sit dominus tantum dare, quantum possessor in his rebus seu impensis ablatis fuisset habiturus: *l. in fundo* 38. *ff. h. t. l. pro voluptuariis* 9. *ff. de impensis in rem dotal. factis:* arg. *l. utiles* 39. §. 1. *in fine ff. de petit. hæredit.* Necessarias utrque in totum deducit: *l. domum* 5. *C. h. t.* nisi fur in rem mobilem furtivam erogasset, dum infantem aluit furto subductum: *l.* 1. *C. de infantibus exposit. l. ex argento* 13. *ff. de condict. furtiv.* Cujus ratio videtur, quod omni momento continuetur furtum, nec tantum infantis, sed & adolescentis, adeoque jam impensa furis educati, furtum fiat: cum ergo furtum adolescentis factum esset, & ita adolescentis æstimatio per furem fuerit præstanda: *d. l. ex argento* 13. *ff. de condict. furt. l. inficiando* 67. §. *infans* 2. *ff. de furtis:* absurdum fuit, impensæ talis repetitionem dari, & ita ob furtum adolescentis effectu inspecto non adolescentis sed infantis tantum solvi æstimationem, & per consequens solum infantis surrepti quadruplum duplumve pœnæ nomine præstari. Addo Fachineum *controvers. lib.* 1. *cap.* 54. vel dici potest, esse jus singulare, odio furum sic inductum, ut alia multa, uti post alios Wurmserus *nucleo juris ad tit. Instit. de rer. divis. quæst.* 14. Utiles vero impensas quod spectat, eas possessor bonæ fidei in totum recuperat, quatenus inde res vere pretiosior facta est, dum gravior forte impensa fuit, quam est utilitas seu melioratio etiamnum superstes; quod ut plurimum contingit in ædificatis: *l. in fundo* 38. *ff. h. t.* arg. *l. domus* 58. *ff. de legatis* 1. *l. sumptus* 48. verb. *meliore prædio facto ff. h. t.* Nisi hæ nimis graves sint, nec eas ipse dominus fuisset facturus: quo casu vel tantum tollit eas, quatenus potest, vel a domino tantum recuperat, quantum in ipsis impensis ablatis fuisset habiturus: sic ut hic multum arbitrio judicis relictum fuerit, qui vario ex personis causisque constituere hac in parte jussus est: *l. in fundo* 38. *ff. h. t. l. adeo* 7. §. *ex diverso* 12. *ff. de acquir. rer. domin.* Si tamen impensa utilis minor sit, quam est utilitas præsentis temporis inde producta, non meliorationis totius æstimatio, sed id solum quod vere impensum, recuperari potest: quod in implantatis frequentius accidit, quorum incrementum cum ex soli pinguedine & nutritione proveniat, domino soli potius, quam possessori plantanti prodesse rationis fuit: arg. §. *si Titius* 31. *Instit. de rerum divisione.* Frederic. a Sande *de feudis Gelriæ tract.* 2. *tit.* 2. *cap.* 5. *n.* 15. Joh. a Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 15. *defin.* 4. Abrah. a Wesel *de connub. societate tract.* 2. *cap.* 2. *n.* 169. 170. 171. 172. Adde Ant. Thesaurum *decis.* 251. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 121. *n.* 12. Peregrinum *de fideicommissis art.* 50. *n.* 31. *& seqq.* Sed qui mala possedit fide, regulariter tantum tollendarum impensarum utilium facultatem habet, quatenus potest sine læsione status prioris ipsius rei; si non donandi animo doceatur impendisse: *l. si inferiorem* 2. *l. domum* 5. *C. h. t.* An vero in alieno solo scienter ex sua ædificans materia tignum iterum dissolutum vindicare queat, quod dum junctum erat, sine rei detrimento tollere non poterat, non sua caret hæsitatione: vindicari enim posse, ait *d. l.* 2. *C. h. t.* negat §. *ex diverso* 30. *Instit. de rer. divis. l. adeo* 7. §. *ex diverso* 12. *ff. de acquir. rer. domin.* Non improbabilis tamen est eorum sententia, qui tignum solutum vindicari posse arbitrantur, si domino fundi sciente & patiente ædificaverit in alieno malæ fidei possessor; eo quod talis etiam, non obstante mala fide, impensas utiles in ædificationem factas retentionis & exceptionis jure potest servare, in quantum dolo facit, qui patitur alium in suo ædificare, nec reddit impensas: *l. pure mihi* 5. §. *si donant* 2. *ff. de doli mali & met. except.* & de hoc casu accipienda *d. l.* 2. *C. h. t.* quippe quæ de inædificatis parti inferiori alienarum ædium tractans, commode satis illam admittit facti speciem, quod ædium subjectarum dominus easdem possederit, inhabitaverit, adeoque inædificationis non fuerit ignarus. Sed si domino ignorante id factum sit, soluti vindicationem non esse permittendam, juxta *d.* §. 30. & *d. l.* 7. §. 12. Fachinæus *controvers. lib.* 1. *cap.* 55. Sed &, si quis ab initio fundum alienum bona fide justoque titulo nactus fuerit, postea vero in il-

lo fundo ædificaverit eo tempore, quo jam sciebat alienum, hoc ei concedendum Ulpianus censuit, ut sine dispendio domini areæ tollat, quod posuit: *l. Julianus* 37. *ff. h. t.* quasi non debeat haberi per omnia possessor malæ fidei, qui & usucapiendi & actione Publiciana experiendi facultate gaudet; magisque propter usucapionis implendæ spem præsumi possit impendisse, ut sibi negotium gereret, quam ut domino fundi inædificata donaret. Cæterum cum rationi naturali repugnet, alium cum alterius jactura reddi locupletiorem: *l. nam hoc* 14. *ff. de condict. indeb.* etiam malæ fidei possessoribus consuli solet, ut utilium impensarum habeant repetitionem, nec hactenus ab illis separentur qui bona fide impenderunt utiliter. Groenewegen *ad l.* 5. *C. h. t. & ad* §. 30. *Instit. de rer. divis.* Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 11. *n.* 7. 8. Ut tamen in furibus in rem furtivam utiliter impendentibus Romani juris rigorem nonnulli servandum putent. Carpzovius *defin. forens. part.* 4. *constit.* 39. *defin.* 8.

37 Quid de impensis in fructus factis servandum sit, petendum ex iis, quæ *tit. de hæreditatis petitione* dicta: *n.* 22.

38 Quoties autem, de impensis deducendis quæstio est, facienda prius fructuum perceptorum cum impensis non in fructus tantum sed & rem ipsam factis compensatio; ac si quid ultra fructuum quantitatem inveniatur erogatum, id demum vel tolli vel deduci juxta determinationes ante traditas potest, sive fructus tempore litis contestatæ etiamnum extent, sive ante consumpti sint; cum generaliter & sine distinctione de fructibus ita Papinianus definiat: *l. sumptus* 48. *l. emptor prædium* 65. *ff. h. t.* Quamvis enim verum sit, bonæ fidei possessorem fructus consumptos irrevocabili acquirere dominii jure, & plenissime lucrari, utut locupletior inde factus fuerit; id tamen non impedit, quo minus fructus percepti protinus in impensarum compensationem cedant, atque ita illud demum in lucro vere sit, quod ultra impensarum quantitatem possessor percepit. Sic enim & fructuario statim fructus (inter quos etiam fœtura animalium) irrevocabili jure acquiri manifestum est; nec tamen eo minus illa fœtura, quæ mutilato grege nata est, in gregis supplementum, atque ita proprietario, cedere debet, grege scilicet ex agnatis supplendo: *l. vetus fuit quæstio* 68. §. 1. 2. *l.* 69. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* prolixe Sande *decis. Fris. lib.* 3. *tit.* 15. *defin.* 2. post plures alios ibidem citatos.

39 An autem etiam cum expensis compensandi sint fructus ex ipsa melioratione per bonæ fidei possessorem facta percepti, non satis constat, quibusdam id affirmantibus, inter quos Molinæus *ad consuet. Paris. tit.* 1. §. 1. *gloss.* 5. *n. mihi* 99. Covarruvias *lib.* 1. *var. resolut. cap.* 8. *n.* 4. Menochius *de recup. possess. remed.* 15. *n.* 610. aliique allegati a Johanne a Sande *d. lib.* 3. *decis. Frisic. tit.* 15. *defin.* 3. in quorum sententiam etiam majore suffragiorum numero ivisse ipsam Frisiæ Curiam ibidem testatur. Sed cum & in contrarium judicata exstent, magis ratione subnixam existimo eorum sententiam, qui meliorationum fructus cum ipsis meliorationibus compensari iniquum censent. Si enim hæc admitteretur compensatio, non illa tantum inde flueret absurditas, quod bonæ fidei possessori sua solveretur melioratio ex re sua suisque fructibus, sibi jure dominii ex propria pecunia ad utilitatem collocata perceptis; atque adeo effectu inspecto bonæ fidei possessor, durante toto tempore possessionis bonæ fidei nullam prorsus ex sua pecunia spe lucri erogata perciperet utilitatem; eamque solus sentiret rei dominus. Sed &, si consideres possessorem bonæ fidei nunquam majorem recuperare meliorationum æstimationem, quam quanti illæ valent restitutionis tempore, sic ut impensa tota sit periculo bonæ fidei possessoris, & ille aut parum aut nihil consequatur, prout aut parum aut nihil superest ex facta melioratione; eveniret certe, admissa compensatione, ut lucrum quidem omne erogatorum cederet domino rei melioris factæ, periculum vero eorumdem gravaret unice bonæ fidei possessorem; quod neque bonæ fidei natura favorque insignis patitur, neque vulgata juris regula, dictans, secundum naturam esse, ut commoda cujusque rei eum sequantur, quem sequuntur incommoda: *l. secundum* 10. *ff. de regul. juris*: eique usuras pecuniæ debere acquiri, cujus periculo credita fuerit ipsa sors: *l. si unus* 67. §. *si unus* 1. *ff. pro socio*. Quibus accedit, quod, quo diligentior fuit bonæ fidei possessor, & tanquam bonus paterfamilias studiosior ad rem, quam suam putat, in statum meliorem perducendam, eo deterioris esset futurus conditionis; at, quo negligentior, eo plus lucraturus; quod quantum a naturali recedat æquitate, nemo non perspicit. Atque ita sentiunt Garsias *de expens. & meliorat. cap.* 23. *n.* 56. Matth. de Afflictis *decis. Neapol.* 87. *circa fin.* Respons. JCtor. Holl. *part.* 4. *consil.* 175. *quæst.* 5. Munnos de Escobar *de ratiocin. tom.* 2. *cap.* 15. Marta *digestis juris noviss. tom.* 5. *tit. compensatio cap.* 12. & *tom.* 4. *tit. fructus cap.* 48. 49. Parum movet, quod, cum melioratio ipsa tanquam accessoria rei principalis domino cesserit jure dominii, fructus ex melioratione percepti non ex re, possessoris amplius propria, sed plane aliena, nati & acquisiti sunt. Etenim corporum quidem per meliorationem adjectorum, velut inædificatorum aut implantatorum, dominium naturali ratione domino soli cessisse, non eundum inficias; sed, quia corporum istorum æstimatio possessori bonæ fidei reddenda est, juris interpretatione & effectu ita se res habet, ac si dominium non esset domino fundi quæsitum, quamdiu meliorationis æstimatio necdum fuerit restituta. Pari fere modo, quo id in rerum venditione contingit: quarum dominium per traditionem a venditore factam naturali ratione in emptorem transire, verius est, licet neque pretium solutum sit, nec de eo fides habita, cum propositum in mente retentum, non in tradendo declaratum, naturali ratione nihil operetur; sed juris civilis interpretatione ita consideratur, ac si dominium non transivisset, adeo ut & rei traditæ vindicatio tali in casu venditori permissa sit: §. *venditæ* 41. *Inst. de rerum divis. l. procuratoris* 5. §. *sed si dedi* 18. *ff. de tributor. act.*

TI-

TITULUS II.

De Publiciana in rem actione.

SUMMARIA.

1 *Quotuplex sit actio Publiciana; quid sit ea, quae ad exemplum rei vindicationis inducta fuit?*
2 *Hujus actionis fundamentum esse jus possessionis; & quid distet jus possessionis a naturali possessione, ac quod jure nostro notum sit jus possessionis plenius adstruitur.*
3 *An vero domino Publiciana detur?*
4 *Ut haec actio detur, non requiritur, ut pretium numeratum sit, nec ut eo tempore, quo agitur, agens in bona fide sit, sed sufficit, quod ab initio adfuerit.*
5 *An Publicianam habeat, qui emit a furioso, quem putabat sanae mentis esse?*
6 *Datur contra omnes jure debiliori possidentes, & illos, qui juris interpretatione pro possessoribus habentur; non contra possidentem aequali jure, sive ab eodem sive a diversis non dominis res utrique tradita sit, nec hic potior est is, cui priori res est tradita, cujus contrarium erat in rei vindicatione.*
7 *Non possident aequali jure, cum alter ex oneroso titulo possedit, alter ex lucrativo possidet.*
8 *Non datur regulariter contra verum dominum; recensentur tamen casus excepti.*
9 *Petuntur hac actione res corporales & incorporales, si modo usucapi vel praescribi longo tempore possint; non furtivae, per testatorem vel legem alienari prohibitae, & quae nunquam possessae.*
10 *Respectu fructuum & impensarum idem hic, quod in rei vindicatione.*
11 *Actio Publiciana adhuc hodie in usu est.*

1 Publiciana actio, (ita dicta a Publicio praetore) duplex est; alia, qua praetor fingit, usucaptum non esse id, quod revera usucaptum fuit; qua intentata, sic pristino domino rem usucaptam restitui jubet, quasi usucapta non fuisset, rescissa scilicet usucapione jam impleta: *l. in honorariis* 35. *ff. de oblig. & act. l. mandatum distrahendorum* 57. *ff. mandati*: de qua in titulo *ex quibus causis majores* 25. *annis restit.* alia, qua praetor fingit usucaptum jam esse illud, cujus tamen usucapio vere necdum impleta est: *§. sed istae* 5. *in fine, & §.* 4. *Inst. de action.* quaeque ad exemplum rei vindicationis dari dicitur: *d. l. in honorariis* 35. *ff. de obligat. & act.* & in qua omnia eadem esse, quae in rei vindicatione, Ulpianus notat: *l. sed & si* 7. *§. in Publiciana* 8. *ff. h. t.* Quae & ipsa hujus tituli materia est; ac non inepte describi potest, quod sit actio praetoria in rem arbitraria, qua quis rem, cujus possessionem justo titulo & bona fide nactus erat, ac rursus casu amiserat antequam usucepisset, recuperat a quovis jure debiliori possidente: *d. §.* 4. *Instit. de action.* junct. *l.* 1. *& ult. ff. h. t.*

2. Actionis hujus fundamentum est fictum dominium, vel (quod eodem redit) jus possessionis, quod ex bono & aequo descendens praetorem movit, ut dominum fingeret eum, qui hoc jure possidendi instructus erat: *d. §.* 4. Adipiscitur autem unusquisque hoc jus possidendi ex traditione per non dominum facta, concurrente justo titulo & bona fide accipientis, sic ut usucapiendi potestatem nactus sit. Scilicet, uti re per verum dominum ex justa causa tradita, jus dominii acquiritur accipienti; ita si a non domino res tradita fuerit, ex justo titulo ac bona fide, jus possessionis accipienti censetur quaesitum. Et ut verus dominus amittendo naturalem rei possessionem, non excidit propterea jure dominii, sed potius ex eo jure rei, apud quemcunque existentis, vindicationem habet, ad recuperandam, quam amiserat, naturalem detentionem: ita &, qui jus possidendi semel nactus est, amittendo naturalem possessionem, quae facti est, non amittit ipsum possidendi jus, sed magis ex eo jure adhuc retento per hanc actionem persequitur ipsam illam naturalem possessionem, quam sine sua amiserat voluntate facetoque. Et hoc ipsum est, quod in *l. bona fides* 136. *ff. de reg. juris*: traditum fuit, *bonam fidem tantundem praestare possidenti, quantum veritas, quoties lex impedimento non est*: *veritate* ibidem pro *vero dominio* posita, ad oppositionem dominii ficti & juris possidendi, ex bona fide justoque titulo profluentis: quodque Ulpianus in *l. in hac actione* 3. *§. Pomponius* 12. *ff. ad exhibendum* scripsit, unius rei plures ad exhibendum agere posse; forte, *si homo primi sit* (id est, si primus rei dominium habeat) *secundi in eo ususfructus sit; tertius possessionem suam contendat*; id est, contendat se habere possidendi jus, ex quo eum intentare possit publicianam actionem, merito quoque rei mobilis, forte non apparentis, exhibitionem sibi fieri desiderat. De naturali sane possessione quo minus Ulpianum accipiamus, dum dicit; *tertius possessionem suam contendit*, ipsa natura actionis ad exhibendum manifesto evincit; quippe quae non illis, qui possident, sed potius non possidentibus contra possessores ac detentores data est. Et quamvis non adeo frequentata in jure sit denominatio *juris possessionis*, atque quidem *juris dominii*; non tamen ignota prorsus, sed simul cum jure dominii proposita in *l. qui agros* 8. *C. de omni agro deserto*: ubi, cum permisissent Imperatores, agros desertos per quemvis occupari ac coli, pristinis tamen agrorum possessoribus servarunt licentiam recuperandi intra biennium agros illos ab alio jam occupatos cultosque; sed si biennii fuerit tempus emensum, *omni possessionis & dominii cariturum jure qui siluit*, ab iisdem sancitum est. Adeoque, sive dominus fuerit, carebit dominio; sive bonae fidei possessor, carebit jure possessionis: neque enim illic de naturali possessione seu detentione sermo erat; quippe quam & antea propria desertione desierant habere pristini possessores. Confirmat quoque jus hoc possessionis Marcianus in *l. ubi caetu* 5. *§.* 1. *ff. ad leg. Jul. de vi publica*, u-

ubi a D. Pio decretum ait, ut, *si de vi & possessione vel dominio quæstio sit, prius de vi quæratur, quam de jure dominii sive possessionis;* indigitans scilicet (uti plenius explicui *titulo de judicus*) si quis vi de possessione rei dejectus sit, & judicio possessorio ac petitorio experiri cupiat, prius debere spoliatum restitui, adeoque momentaneæ possessionis quæstionem per interdictum *unde vi* prius terminandam esse; tum deinde petitorium tanquam principale oportere tentari, sive de *jure dominii* quæstio per intentatam rei vindicationem ventilanda sit, sive de *jure possessionis* per hanc Publicianam in rem actionem. Nec huic juri possessionis, tanquam actionis Publicianæ fundamento, obloquitur Ulpianus in *l. sed & si 7. §. Publiciana actio 6. ff. h. t.* dum asserit, *Publicianam actionem ad instar proprietatis, non ad instar possessionis, respicere:* cum non aliud hisce indigitet, quam quod Publiciana actio non sit judicium aliquod præparatorium, temporariam respiciens possessionem, uti pleraque interdicta; sed quod sit judicium principale, totam litem finiens, ad instar actionum aliarum proprietatis causam concernentium; quodque (ut Hermogenianus loquitur) *ad exemplum vindicationis detur: l. in honorariis 35. ff. de obligat. & act.* Minus urget, quod hac actione quandoque agant & illi, qui possessionem nunquam fuerunt adepti: *l. eum sponsus 12. §. 1. l. si servus 15. ff. h. t.* quod enim attinet *l. 15.* per servum nostrum in fuga existentem, & ab alio non possessum, naturalem quidem possessionem nobis haud acquiri verum est; eo quod nec ipsum fugitivum naturaliter possidemus: & de tali possessione agit *d. l. 15.* interim, uti animo nostro retinuimus servi talis possessionem, ita & per eum adipiscimur possessionem civilem, quæ animo proprio, corpore & ministerio alieno apprehenditur: *l. rem 15. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Ratio vero, cur jure singulari hæres, licet necdum possessionem rerum nactus, Publiciana experiri possit, in *d. l. 12. §. 1.* non alia est, quam hæc, quod hæres, uti ex jure successionis dominium adipiscitur, cujus vi rei vindicationem habet adversus possidentem; ita quoque jus possessionis, quod penes defunctum fuit: dum is rem alienam justo titulo & bona fide nactus erat cum usucapiendi facultate, ex quo jure possessionis & defunctus ipse possessionem naturalem Publiciana persequi potuit, & eo defuncto hæres, in omnia succedens defuncti jura.

5 Cum autem hac actione persequamur rem nondum usucaptam, merito inde inferri potest, verum dominum non desideraturum esse hanc actionem honorariam, cum habeat civilem: *l. 1. §. 1. ff. h. t.* & si maxime desideraret, non esse audiendum, nisi in probatione dominii deficiens, ad hanc confugiendum censeat, atque ita (dum paria sunt in jure non esse & non apparere) non dominium sed bonam fidem, justumque titulum, & rei necdum usucaptæ amissionem alleget. Præsertim, cum & is, qui prius in rei vindicatione mota succubuerat ob dominii non probati defectum, deinceps ad Publicianam possit actionem transire: *l. minor 39. §. si servus 1. ff. de eviction.*

4 Ut huic actioni locus sit, non interest, utrum actor pretium numeraverit, cum ex causa emptionis rem nactus esset, nec ne: licet enim rei venditæ ac traditæ dominium in emptorem non transeat, ac proinde nec rei vindicatio emptori danda sit, nisi pretio numerato, vel fide de eo habita: *§. venditæ vero 41. Instit. de rer. divis. l. quotiens 15. C. de rei vindicat.* quin tamen possessio sine pretii numeratione transferatur, dubium non est: quod ipsum sufficit, ut Publicianæ actioni locus fiat: *l. de pretio 8. ff. h. t.* Similiter nec interest, utrum tempore litis contestatæ actor in bona an in mala fide sit: id quod significare videtur JCtus in *l. sed etsi 7. §. Publiciana 14. ff. h. t.* dum ait, *Publiciana tempus emptionis continet; & ideo neque quod ante emptionem* (cœptam scilicet & traditione consummatam: arg. *l. pen. ff. de usurpat. & usucapion.*) *neque quod postea dolo malo factum est, in hac actione deduci, Pomponio videtur.* Imo, eo ipso, quo quis Publiciana experitur, fateri videtur, se dominum non esse, atque ita malam fidem ac conscientiam alienæ rei vel agnoscit ipse, vel saltem supponit: sed hoc unum inspicitur, an initio bona fides adsit cum cæteris ad usucapionem inchoandam requisitis: *l. sed etsi 7. §. pen. & ult. ff. h. t.* Scilicet, ut mala fides superveniens non interrumpit usucapionem; ita nec Publicianæ actioni impedimento est; unde & hæres ejus, qui bona fide rem nactus est, ut usucapere possit, hac actione recte experitur, licet ipse in dolo ac mala fide sit: *d. l. 7. §. in hac actione 12.* arg. *l. pro emptore 2. §. si defunctus 19. ff. pro emptore: §. diutina possessio 12. Instit. de usucapion.* nec continuatio usucapionis impeditur scientia hæredis, ut ait Papinianus in *l. hæres ejus 43. ff. de usurpat. & usucapion.* ubi pro *continuatione* rectius legi *continuatio*, suadet sensus legis, ac Gothofredus in notis observat; Haloandri editione etiam istam lectionem firmante. Quibus non adversatur Ulpianus in *l. si ego emi 11. §. interdum 3. ff. h. t.* requirens, ut, si hac contendere velim actione de partu ancillæ furtivæ, *eo tempore, quo experiar, matrem ejus furtivam ignorem.* Etenim cum Cujacio emendationem adhibendam existimo, ut pro *experiar*, legatur, *ea pariat;* cum ex aliis constet juris partibus, usucapi non posse partum ancillæ furtivæ, nisi conceptus fuerit ac editus apud bonæ fidei possessorem. Sic Julianus verbis prope iisdem auctor est, partum usucapi, *si apud eum* (bonæ fidei possessorem) *conceptus & editus eo tempore fuerit, quo furtivam esse matrem ejus ignorabat: l. non solum 33. ff. de usurpat. & usucap.* Et licet ille, qui in mala jam fide positus est, ac Publiciana possessionem recuperat, neque ex priore possessione, quippe jam interrupta, usucapionem implere possit, neque ex posteriore per Publicianam recuperata, quia initium secundæ possessionis vitio non caret: *l. qui fundum 7. §. qui bona fide 4. ff. pro emptore:* non tamen ei actio prorsus inutilis est, cum recuperata possessio saltem ad longissimi temporis præscriptionem prosit, ad quam bona fides necessaria non est.

5 Quod si a furioso quis emerit, quem sanæ men-

mentis esse putabat; quamvis summo jure nec usucapere rem emptam, nec Publiciana eam vindicare potuerit: *l. pro emptore* 2. §. *si a furioso* 16. *ff. pro emptore*: ex æquitate tamen utrumque potest: *l. sed etsi* 7. §. *Marcellus* 2. *ff. h. t.*

6 Datur hæc actio contra quemvis possessorem sive bonæ sive malæ fidei, qui jure debiliori possidet, aut dolo malo possidere desiit, litive se obtulit quasi possideret, ad exemplum rei vindicationis; cum in Publiciana actione eadem omnia dicantur esse, quæ & in rei vindicatione obtinere, dictum est: *d. l. sed etsi* 7. §. *in Publiciana* 8. *ff. h. t.* Quod si non debiliore, sed æquali jure possessor rem teneat; non dubium, quin pari in causa melior esse debeat possidentis, quam petentis conditio, ac ob id possessor absolvendus sit: arg. *l. sive autem* 9. §. *si duobus* 4. *in fine ff. h. t. l. in pari causa* 128. *ff. de reg. juris*: veluti si bonæ fidei emptor, amissa possessione, adversus alium itidem bonæ fidei emptorem ac possessorem experiretur; sive possidens reus & non possidens actor ab eodem non domino rem nacti fuerint, sive e diversis; cum illa diversitas non plus aut minus juris præstet possidenti, aut possessionis prærogativas in actione Publiciana tollere queat vel diminuere: quod & a Neratio observatum in *l. si ea res* 31. §. *ult. ff. de Act. empti*. Licet enim ab Ulpiano scriptum sit, eum, qui dominium in fundo habuit, id tradendo transferre; si non habuit, nihil ad eum, qui accipit, transferre: *l. traditio* 20. *ff. de acquir. rer. domin.* id tamen non nisi quantum ad dominii translationem intelligi potest; cum ex notissimis juris principiis in aperto sit, per traditionem a non domino factum jus usucapiendi fructusque percipiendi; jus denique ipsum possessionis acquiri. Nec est, quod quis existimet, potiorem debere haberi eum, cui priori res tradita est; quasi in Publiciana idem obtinere debeat, quod in rei vindicatione, ad cujus exemplum Publiciana adinventa est, quamque imitatur: *l. sed & si* 7. §. *in Publiciana* 8. *ff. h. t.* in rei autem vindicatione ita juris sit, ut potior sit, cui priori res tradita est pretio numerato aut fide de eo habita: *l. quotiens* 15. *C. de rei vindicatione*. Dispar etenim hac in parte rei vindicationis & Publicianæ actionis causa est. Potior scilicet esse debebat in rei vindicatione is, cui priori res tradita est, quia is solus dominus erat; non item is, cui postea res eadem ex causa emptionis tradita fuerat, sed tantum ad summum bonæ fidei possessor, quem a vero domino ex jure dominii conveniri posse, in confesso est. At cum de Publiciana quæstio est, ubi uterque a non domino rem nactus fuit, neuter dominus dici potest, sed uterque tantum bonæ fidei possessor; atque adeo ejusdem uterque juris ac potestatis, & pari in causa constitutos; cui consequens erat, ut, posita pari causa melior possidentis conditio esse debuerit, quam petentis: juxta *d. l.* 128. *ff. de reg. jur.* Non obstat, quod in *d. l.* 9. §. 4. *ff. h. t.* dicitur, si quidem ab eodem non domino separatim duo emerint, *potiorem fore eum, cui priori res tradita est*. Penitius namque legem intuenti patebit, agi ibidem de ea facti specie, qua duobus quidem res vendita fuerat, verum non utrique, sed uni tantum tradita; respondet enim Ulpianus ad quæstionem ita propositam; *quis magis Publiciana uti possit, utrum is, cui priori res tradita est; an is, qui tantum emit*; ut proinde mirum non sit, potiorem esse eum, cui res tradita est, cum sine traditione jus possidendi, quod actionis hujus fundamentum est, non possit videri acquisitum. Et quamvis id non adeo dubium videri possit, tamen & minus dubia & certa quoque jura legibus definiri, abunde constat. Interim, quod in *d. l.* 9. §. 4. Jurisconsultus distinguit, quasi aliud obtineret, si ab eodem, aliud si a diversis non dominis duo separatim emissent (quam etiam distinctionem in re aliena duobus oppignorata habet *l. si non dominus* 14. *ff. qui pot. in pignore*) ejus rationem ab aliis reddi video, sed sufficientem assequi me non posse libens profiteor: imo eam omni ratione destitui quantum ad hanc Publicianam, ex superius adductis ratiociniis & Neratii auctoritate demonstratum opinor: atque adeo in id quoque proclivis sum, ut in distinctionis rejectione Neratium in *d. l.* 31. §. *ult. ff. de act. empt.* a Jurisconsultis cæteris dissensisse credam. De cætero nec Neratium aliud sensisse puto, quam quod possessoris potior esse debuerit conditio in pari causa: quod enim ille in *d. l.* 31. §. *ult.* eum ait potiorem esse, *cui prius res tradita est*; ita intelligendum est, *si etiam possideat*: id quod ex eo colligi potest, quod *tuendi* verbo usus est, *is* inquit *ex nobis tuendus est &c.* Tuemur autem proprie & accurate loquendo eum, qui etiamnum in possessione constitutus est, ac per alium actione intentata vel violentia illata patitur turbationem. Confer Cujacium *lib.* 18. *observat.* 51. Hilligerum *Donell. enucleat. lib.* 20. *cap.* 8. *lit.* Z. Ant. Fabrum *rational. ad d. l.* 9. §. 4. *ff. h. t.* aliter sentientes.

7 Non tamen par possidentis & petentis causa videtur, si reus ex titulo lucrativo nunc possideat, actor vero ex oneroso titulo, velut emptionis aut permutationis, ante possederit: cui proinde & Publiciana contra possidentem titulo lucrativo danda foret: cum de damno evitando agat, potioremque jura jubeant esse in pari causa conditionem contendentium de damno evitando, quam eorum, qui de lucro captando agunt: arg. *l. quod autem* 6. §. *simili modo* 11. *ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.*

8 Contra verum dominum hæc actio non competit; quippe qui, etsi non possideret, contra possessorem justo licet titulo & bona fide munitum rei vindicationem habiturus esset; dum jus dominii fortius atque potentius est, quam ullum possessionis jus. Nisi tamen rem a non domino propter damnum illatum noxæ datam dominus inceperit possidere: tunc enim ei, qui læsus fuerat, cuique erat facta noxæ deditio, prætor Publicianam pollicetur contra dominum, litis æstimationem haud offerentem. *l. & generaliter* 28. *ff. de noxal. action.* Vel nisi dominus litis æstimationem ab eo, qui rem culpa possidere desierit, acceperit, ac postea rei istius possessionem fuerit consecutus: cum enim litis æstimationem præstans, dominium eo solo non acquirat, deficiente traditione vera aut ficta: arg. *l. ejus rei* 46. *l.* 47. *ff. de rei vindic.* (licet emptoris loco habeatur) nec facile permittendum sit ei, qui litis æstimationem acce-

ce-

cepit, pecuniam restituere; & tamen solventi litis æstimationem prætor contra dominum accommodet in rem actionem: *l. si culpa* 63. *ff. de rei vindicat. l. si propter* 22. *ff. de act. rer. amotar.* vix est, ut aliam, quam hanc Publicianam existimemus in *d. ll.* denotatam. Nam &, si a Titio fundum quis emisset, qui Sempronii erat, isque ei traditus fuisset, mox Titius Sempronio hæres existens fundi illius possessionem fuisset adeptus, Publicianam emptori contra venditorem nominatim ab Ulpiano tributam constat: in quantum venditor quidem naturaliter dominus esse non desiit ex venditione ac traditione, quæ dominii acquisitionem antecessit, & ita antiquior est dominio acquisito; sed tamen prætor fingit, rem venditam acquisito postmodum per venditorem dominio ex bonis ejus recessisse, emptorique adjectam esse: *l. apud Celsum* 4. *§. si a Titio* 32. *ff. de doli mali & metus except.* Adde *l. si quis rem* 24. *ff. de except. rei judicatæ*, & *l. sed & si* 7. *§. si petenti mihi* 7. *ff. h. t.* in quibus propter jurisjurandi aut rei judicatæ auctoritatem prætor fingit, dominum esse, qui se talem esse juraverit, aut judicis sententia fuerit declaratus; & ideo contra veros dominos hisce Publicianam censuit concedendam esse.

9 Petuntur Publiciana non res tantum corporales, sed & incorporales, veluti servitutes sive reales sive personales: *l. si ego* 11. *§. si de usufructu* 1. *ff. h. t.* si modo res tales sint, quarum procedere potest usucapio: *l. sed & si* 7. *§. ult. l. sive autem* 9. *§. pen. ff. h. t.* vel præscriptio, quæ in emphyteusi & vectigali agro ac superficie, usucapionem proprie dictam secundum jus Pandectarum respuente, locum habet: *l. cum sponsus* 12. *§. in vectigalibus* 2. & *§.* 3. *ff. h. t.* junct. *l. si finita* 15. *§. sed in vectigali* 27. *ff. de damno infecto.* Rævardus *lib.* 1. *varior. cap.* 3. uti & in servitutibus, præscriptione potius quam usucapione acquirendis: arg. *d. l.* 11. *§.* 1. *ff. h. t.* junct. *l. servitutes* 14. *ff. de servitutibus: l. si quis diuturno* 10. *ff. si servit. vindic.* Proinde nec in furtivis locum hæc actio invenit: *l. sive autem* 9. *§. pen. ff. h. t.* Nec in rebus per legem aut per testatorem alienari prohibitis, utpote quarum usucapio non est: *l. cum sponsus* 12. *§. si res* 4. *ff. h. t.* arg. *l. ult. §. sin autem* 3. *C. communia de legatis.* Nec denique in iis, quæ neque vere neque ficte sunt tradita, etiamsi talia essent, quorum fictum dominium sine traditione posset transire; veluti res legatæ & necdum traditæ aut sine vitio occupatæ: arg. *l. pen. ff. pro legato*: cum utique usucapiendi potestas in hac actione necessaria sit, nec sine possessionis acquisitione ea procedat, aut habeat initium. Suffecerit autem vel momento possedisse, ut hac liceat actione experiri: *l. cum sponsus* 12. *§. ult. ff. h. t.* Ratione tamen singulari eum, cui ex Senatusconsulto Trebelliano restituta est hæreditas, etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti Publiciana posse, supra dictum est: *l. cum sponsus* 12. *§. is, cui* 1. *ff. h. t.*

10 De cætero, respectu fructuum, impensarum, & similium, eadem in Publiciana, quæ in rei vindicatione servanda sunt: arg. *l. sed & si* 7. *§. in Publiciana* 8. *ff. h. t. l. in honorariis* 35. *ff. de oblig. & act. l. in speciali* 73. *ff. de rei vindicat.*

11 Nec abolita usu fori censenda est hæc Publiciana actio: licet enim non semper actionum nomina in judiciis nunc exprimi soleant; nulli tamen dubium, quin actionum singularum in judicium deducendarum termini, quibus a se mutuo distant, etiamnum supersint; atque adeo hæc quoque Publiciana in praxi vigeat, usque adeo, ut a pragmaticis disputari videas, utrum cum rei vindicatione hæc Publiciana possit cumulari: Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 62. *n.* 5. Mynsingerus *ad §.* 4. *Inst. de act. n.* 36. & *seqq.* Sim. van Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 11. *n.* 5. *in fine.* Parens meus Paulus Voet *ad §.* 4. *Inst. de action. n.* 5.

TITULUS III.

Si Ager Vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur.

SUMMARIA.

1 *Agri emphyteuticarii directum & utile dominium quis vindicet, & contra quos? Non differt ager vectigalis ab emphyteuticario.*
2 *Differt tamen a prædiis tributariis & stipendiariis; uti & a prædiis elocatis.*
3 *Emphyteusis variis modis accipitur. Si sumatur pro contractu, consensu perficitur, nec scriptura ad substantiam, sed probationem pertinet.*
4 *Cum accipitur pro jure in re, quibus tunc modis illud jus in re constitui possit; conventionibus; ultima voluntate; præscriptione.*
5 *Quanto temporis spatio hodie acquiratur per præscriptionem? an præsumatur emphyteusis in dubio, si quis longissimo tempore uniformem annuam, vel difformem seu variantem præstiterit pensionem?*
6 *Qui dare in emphyteusin possint, an minores, prælati ecclesiæ rem ecclesiæ, an habens beneficium ecclesiasticum fundos istius beneficii ultra tempus, quo ipse frui potest? Qui accipiant in emphyteusim?*
7 *Conceduntur in emphyteusin solæ res immobiles, non mobiles. An domus? An molendina? an annui reditus tales, qui solent in immobilium classem referri?*
8 *Canon an etiam in certa fructuum ponderatione consistere possit?*
9 *Emphyteusis vel secularis est vel ecclesiastica. Ad quos olim & jure novo ecclesiastica transire potuerit?*
10 *Emphyteusis hodie vel simpliciter conceditur, vel certæ familiæ certisve personarum gradibus. Quid inter hæc duo intersit?*
11 *Habet emphyteuta commoda fere omnia, quæ fructuarius. Amplius ei cedit utilitas insulæ ante fundum emphyteuticum natæ, uti & thesaurus in eo fundo repertus.*
12 *Fert etiam onera eadem, quæ fructuarius, nisi circumstantiæ aliud suadeant.*
13 *An habens emphyteusin ecclesiasticam exemptus*

ptus sit oneribus illis, quibus & ecclesia in emphyteusin concedens exempta est?

14 *Perit emphyteusis lapso tempore, ad quod concessa, deficiente familia aut gradu cui concessa. An tunc dominus directus cogi possit, ut rem ad se reversam ipsis rursus illis emphyteutis, vel proximis eorum agnatis, in emphyteusin det, aut eos tantundem offerentes extraneis præferat: & quid juris in Hollandia?*

15 *Si lapso tempore dominus directus anni sequentis canonem acceperit: an tacite repetita censeatur emphyteusis?*

16 *Perit totali interitu rei, non partiali: canon non diminuendus ob partis interitum, nisi per singula jugera canon constitutus sit; vel in definienda canonis quantitate fructuum ratio habita sit.*

17 *An emphyteuta possit emphyteusin derelinquere, si fructus fundi, qui pro parte periit, non sufficiant ad canonem, nec dominus eum velit pro parte remittere?*

18 *Derelinquere nequit, si a fisco in emphyteusin acceperit, vel emphyteuticaria res per manifestam emphyteutæ negligentiam pro parte perierit. Si emphyteuta fructus non perceperit a tertio vi dejectus aut aliter impeditus, non adeo minus canonem solvere debet.*

19 *Canonis remissio peti non potest ob insolitam sterilitatem, incursum hostium, tributa graviora imposita; nisi canon fructibus proportionatus sit.*

20 *Potest tamen peti remissio, si totus ager emphyteuticarius per hostes captus, & ita hostium factus sit.*

21 *An etiam propter inundationem?*

22 *Perit alienatione, quæ facta est non facta domino directo denunciatione, idque pro ea parte, quæ alienata est; sive a fisco sive a privato emphyteusis concessa sit. Quid hic moribus obtineat? An dominus directus sine denunciatione emphyteutæ facta, jus suum alienare possit?*

23 *An & pœna commissi locum habeat, si venditio nulla sit; vel conditionalis; vel traditio necdum facta?*

24 *Sub alienatione, non sine denunciatione facienda, non continetur oppignoratio, aut servitutis impositio; & hæc non nocent domino directo.*

25 *Non etiam donatio, permutatio, legatum, hæredis institutio.*

26 *Sive denunciatio necessaria sit, sive non, domino directo debita per emptorem pretii pars quinquagesima, in Hollandia duplicatus canon: & vulgo laudemium dicitur.*

27 *Cui laudimia præstanda & denunciatio facienda, si emphyteuta per contractum libellarium emphyteusin suam alteri rursus in emphyteusin dederit, & secundus emphyteuta alienet?*

28 *Ad quid teneatur emphyteuta, si apud emptorem dissimulaverit laudimiorum onus?*

29 *An si pœna debeatur ob moram in præstandis laudimiis, etiam ignorantes in eam incidant?*

30 *Si emphyteusi reditus annuus sit impositus, & emphyteusis vendatur cum illo reditus onere, sors reditus istius pretio addi debet, ut quinquagesimæ ratio ineatur.*

31 *An duplicata laudemia solvenda sint, si emphyteusis vendita cum pacto de retrovendendo, postea per venditorem redimatur?*

32 *Quid juris sit circa laudemia, si emphyteusis vendita redhibeatur ob vitium, vel recedat ex addictione in diem vel lege commissoria, vel retractus fiat? remissive.*

33 *Si emptori emphyteuseos post soluta laudimia lis a tertio moveatur, & transactio sequatur, non iterato debentur laudimia, licet in actorem emphyteusis ex transactione transeat; nisi fraus domino directo fiat, vel is probet, eum, qui cessit, emphyteutam fuisse.*

34 *Si quis alieno nomine emerit, non bis sed semel laudimia solvenda, sive mandatum habuerit sive non, secus, si suo nomine emisset, & postea alium suo loco substitui faciat, licet tunc ab initio instructus fuerit mandato emendi pro illo tertio.*

35 *Nec denunciatione opus est, nec laudimia solvenda, si divisio vel adjudicatio fiat per judicia divisoria: secus, si post divisionem aut adjudicationem alter alteri partem suam aut totam emphyteusin adjudicatam vendat.*

36 *Perit emphyteusis non soluto canone intra tempora legitima. An mora ista jure civili, canonico, aut moribus purgari possit? an contra pœnam commissi restitutio impetrari? qualis pœna moræ hodie frequentior sit?*

37 *Si pars tantum canonis soluta sit, sive per unicum emphyteutam, sive per unum ex pluribus unius emphyteutæ hæredibus, tota emphyteusis in commissum cadit.*

38 *An non canon per partes solvi possit, cum emphyteuta partem vendidit, & onus canonis pro rata dixit? & an idem obtineat in emphyteusi fiscali, quod in privata.*

39 *An emphyteuta interpellandus sit ad solutionem? an sufficiat sola oblatio canonis intra legitimum tempus ad evitandam pœnam commissi, si desit depositio? An canon per compensationem solvi possit, si ea oblata non sit? an per alium pro emphyteuta canon solvi sine mandato? an in antecessum canon invito domino solvi?*

40 *An mora abbatis vel œconomi noceat monasterio vel ecclesiæ? An mora mariti noceat uxori ex jure Hollandico & Trajectino?*

41 *An emphyteuta fructus anni quarti perceptos reddere teneatur, si dominus demum post eorum perceptionem declaraverit animum avocandi emphyteusin?*

42 *Cessat pœna commissi ob moram, si dominus eam remiserit. An censeatur remisisse, si sciens acceperit vel exegerit canonem anni quarti?*

43 *An & remisisse censeatur si triennii solius canonem receperit, sine caducitatis declaratione,* &

& an postea caducitatem declarare possit?

44 *An tacite fiat remissio pœnæ commissi, cum alia pœna conventionalis in casum non soluti canonis apposita est?*

45 *An ob non solutum canonem jus commissi per hæredem aut contra hæredem exerceri possit, si defunctus non declaraverit avocandi voluntatem, aut ea contra defunctum declarata non sit?*

46 *An ob insignem deteriorationem ac corruptionem dolo malo vel manifesta lata culpa emphyteutæ factam etiam secularis emphyteusis adimi possit?*

47 *Finitur etiam præscriptione. Non tamen præscripsisse censetur, qui tantum cessavit in canonis solutione per tempus præscriptioni necessarium, si non actu aliquo sese pro domino pleno gesserit.*

48 *An dominus directus avocare possit emphyteusin ob ingratitudinem emphyteutæ, vel quia re indiget ad proprios usus?*

49 *An etiam ob inficiationem juris emphyteutici?*

50 *Emphyteusis finita redit ad dominum directum, sive privatum, sive fiscum, etiamsi fiscus generaliter omnes reditus fiscales una mercede publicano elocasset; quia commissum tale reditus fiscalis non est.*

51 *Finita emphyteusi dominus directus emphyteutam non privata, sed judicis auctoritate, expellere debet; & ad id non possessorio sed petitorio judicio contendere.*

52 *Finita emphyteusi, an, & quales impensas ac meliorationes emphyteuta repetere possit?*

53 *Posita facultate repetendi meliorationes, quid juris sit, si impensa vel major sit, vel minor, quam est ipsa melioratio?*

54 *De Censu, & libellario contractu; remissive.*

1 Actio in rem utilis, seu utilis rei vindicatio, etiam datur emphyteuticario aut vectigalem agrum habentibus, ut dictum *tit. primo*, adversus quosvis possessores, etiam ipsos municipes aliosque similes in emphyteusin dantes, si necdum tempus constitutum elapsum fuerit, & vectigal seu canon solvatur: *l.* 1. 2. 3. *ff. h. t.* Ut tamen ipsi in emphyteusin concedentes directum possint vindicare dominium, sic ut directi quidem domini in vindicando dominio directo potiores emphyteutis sint; emphyteutæ vero in utili potiores domino directo; ac emphyteutæ utile dominium etiam a dominis directis jure sibi vindicent; directi domini directum ab ipsis emphyteutis. Nec differre videtur fundus vectigalis & emphyteuticarius, nisi quod frequentius municipia in emphyteusin concedentia *vectigal* dicantur percipere; quod, si privati pro emphyteusi accipiant, *canon* appellatur: arg. *l. sciendum est* 15. §. 1. *ff. qui satisd. cog.* Quod & satis innuit nostri tituli inscriptio, *si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur*, cum tamen nulla de agris per privatos in emphyteusin concessis mentio occurrat in ulla hujus tituli lege.

2 Differt tamen ab agro vectigali seu emphyteuticario prædium stipendiarium aut tributarium, eo quod stipendiaria aut tributaria prædia erant ea, quæ ab hostibus capta pristinis possessoribus seu colonis fuerant relicta, tributo imposito: Theophilus & DD. vulgo *ad §. per traditionem* 40. *Instit. de rer. divis.* de quibus latius *tit. de acquir. rer. domin.* Distat quoque emphyteusis multifariam a locatione agrisque conductis, quatenus emphyteuta utile habet dominium, utilem in rem actionem, canonem solvit non proportionatum quantitati fructuum, ad meliorationes tenetur, remissionem canonis ob sterilitatem aliudve damnum particulare petere nequit. Quæ aliter in locatione obtinere, ex juris nostri principiis certum est. Ut proinde non nisi abusive emphyteutæ dicantur fundum habere *in perpetuum aut ad tempus conductum* in *d. l.* 1. & 3. *ff. h. t.* nisi dicamus, tempore auctorum *d. l.* 1. & 3. emphyteusi per Imperatorem Zenonem a locatione necdum separete, Jurisconsultos promiscue conductione & emphyteusi usos esse, illos saltem, qui emphyteusin ad locationem maluerunt, quam ad emptionem referre.

3 Occasione hujus actionis in rem de agro vectigali subnectenda plenior emphyteuseos tractatio, tanquam juris in re: quam alii ob magnam ejus cum locatione affinitatem putant in titulum *locati* conjiciendam, tunc eam ut contractum considerantes. Emphyteusis enim vel ipsam rem in emphyteusin datam denotat, vel contractum emphyteuticarium, vel denique ipsum jus in re constitutum. Si tanquam contractus consideretur, commode describi potest, quod sit contractus juris gentium, bonæ fidei, nominatus, consensu constans, quo prædium alicui fruendum conceditur in perpetuum, aut ad tempus non modicum, sub lege meliorationis & præstationis annui canonis. Qualis conventio nostra lingua *Erspacht* dicitur, licet aliquando in antiquis instrumentis reditus irredimibiles appellati inveniatur *Pachten & Erfpachten*, ut notatur in *Respons. Jurisc. Holland. part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 331. (*revera*) 231. *pag.* 662. Quod autem emphyteusis sit bonæ fidei, juris gentium, consensu constans, id vel inde recte colligeris, quod veteres omnes emphyteusin vel ad emptionem, vel ad locationem reduxerint; cumque ea tum de emptione tum de locatione extra controversiam posita essent, nulli etiam dubium esse potuit, quin illa, quæ emptioni locationique communia erant, optimo quoque jure ad emphyteusin fuerint transferenda. Erroneum proinde est, a Zenone Imperat. primitus hunc contractum adinventum fuisse; cum & ante Zenonis tempora soliti fuerint domini agros suos, squallidos præsertim & incultos aut longe dissitos, in emphyteusin concedere. Neque aliud a Zenone præstitum, quam quod illam sustulit inter jurisconsultos disputationem, qua alii emphyteusin emptioni, alii locationi contendebant accensendam esse, & propriam hujus contractus constituit naturam, neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam; cum varias animadverteret intercedere inter hanc conventionem & emptionis locationisque contractum diversitates; intacta de cætero relicta emphyteuseos natura, ac in nullo innovata: §. *adeo autem* 3. *Instit.*

stit. de locat. & conduct. l. 1. *C. de jure emphyt.* Et quamvis in *d. l.* 1. scripturæ mentio fiet, dum sancitum, ut omnia, *quæ pactionibus, scriptura interveniente habitis, placuerint, firma illibataque custodiantur*, ac inde communiter antiquioribus placuerit scripturæ necessitas, teste Carpzovio *defin. for. part.* 2. *constit.* 59. *def.* 7. *n.* 5. 6. 7. 8. Julio Claro §. *emphyteusis quæst.* 4. eam tamen non ad contractus hujus substantiam, sed evidentiorem tantum gestorum, & in perpetuum ac immemoriale aut saltem longum tempus vim habiturorum, probationem pertinere, verius est, tanquam fidelissimem memoriæ custodem & adjutricem; ne alias lapsu temporis gesta excidant, & vacillare incipiat contractus fides, dum labilis hominum memoria est, atque etiam deficit testium mortalitate: & hoc convenienter aliis legibus, generatim dictantibus, solitas fieri scripturas, ut quod actum est facilius per eas probari possit; valere autem & sine his quod actum est, si modo habeat probationem: *l. contrahitur* 4. *in fine ff. de pign. & hypoth. l. in re* 4. *ff. de fide instrument.* Radelantius *Curiæ Ultraject. decis.* 24. Ant. Matthæus *de obligat. disp.* 22. *n.* 2. Christinæus *vol.* 3. *decis.* 119. *n.* 5. Vinnius *ad* §. 3. *Instit. de locatione n.* 8. Parens p. m. Paulus Voet *ad d.* §. 3. *n.* 1. *vers. an consensu.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 40. *n.* 16. 17. perperam notatus ob id a Sim. van Leeuwen, contendente *in censur. forens. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 16. *n.* 23. scripturam hodie saltem esse necessariam, in quantum nullum jus in re immobili constitui potest; nisi coram lege loci, de ea autem constitutione scripturam fieri. Quid enim, obsecro, contractui commune cum translatione juris in re? etiam rei immobilis venditæ dominium non nisi coram lege loci transferri apud nos certum est; nec tamen ullus ad emptionis substantiam propterea scripturam necessariam esse opinatus est. Constat potius & emptio & emphyteusis solo consensu, ac sine scriptis perficitur, efficax futura ad actionem producendam, & impetrandum implementum eorum, quæ consensu placuerant; adeoque ad faciendam solemnem coram loci lege traditionem.

4 Quod si emphyteusis consideretur ut ipsum jus in re, emphyteutæ constitutum, & utile dominium vel jus dominio proximum interpretibus appellatum; acquiri potest non tantum per contractum emphyteuticum, accedente traditione; eaque ex nostris moribus solemni, coram lege loci, secundum jus nostrum commune in immobilium alienationibus receptum, sed & per alios contractus ac pactiones, quibus servitutes constitui possunt; per ultimam insuper voluntatem, ac denique per longi temporis præscriptionem: *arg. l. ult. in fine C. de longi temp. præscript.* sive quis rem alienam ut emphyteuticariam possederit non vi clam vel precario: arg. *l. siquis diuturno* 10. *ff. si servitus vindic.* Carpzovius *defin. for. part.* 1. *const.* 38. *defin.* 15. sive rem suam propriam longo tempore tenuerit tanquam emphyteuticam, altero canonem acceptante, & ita exercente dominii directi jura: sive ei a non domino emphyteusis constituta sit: sive denique constitutam a vero domino emphyteusin a non domino acquirat emptionis, donationis, legati, aliove quo titulo, ad usucapiendum sufficiente: arg. *l. si finita* 15. §. *si de vectigalibus* 26. & 27. *ff. de damno infecto.* Neque turbare nos debet, quod e Paulo traditum est, vectigalia prædia usucapi non posse: *l. cum sponsus* 12. §. *in vect.* 2. *ff. de public. in rem actione.* Etiamsi enim usucapio, quæ tunc biennio implebatur in immobilibus, in hisce prædiis vectigalibus non processerit; processit tamen longi temporis præscriptio, secundum *d. l.* 15. §. 26. 27. Nec id diffitetur, sed magis innuit ipse Paulus, dum Publicianam in his admittit, si modo bona fide tradita sint; quæ admittenda non fuisset, si non proxima usucapioni præscriptio in his fuisset a jure probata. Habentque hæc jure novo mitiorem hæsitationem, ex quo longi temporis præscriptio & usucapio immobilium exæquata fuit in *l. unic. C. de usucap. transformanda l. ult. C. de longi temp. præscript.* Longissimum tamen annorum quadraginta spatium in fundis Cæsaris patrimonialibus exigitur, ut emphyteuticarii ex temporis possessione fiant, aut contra: *l. ult. C. de fundis patrimonial.*

5 Apud nos præscriptione tertiæ partis centum annorum acquiri emphyteusin testatur Grotius *manuduct. ad jurispr. Holland. lib.* 2. *cap.* 40. *n.* 19. Ant. Matthæus *parœm. Belgarum JCtor.* 9. *n.* 12. Et, si tanto temporis spatio uniformem quis præstiterit annuam solutionem pro prædii usu, in dubio præsumendum est, eum jure emphyteuticario rem possedisse, sic ut ad annuum illud in posterum exsolvendum paratus, expelli nequeat, nisi prædii dominus non jure emphyteusios, sed locationis, illud annuum se recepisse probet: quod & abunde censeri debet probasse, si vel ante centum annos illum fundum majoribus ejus, qui nunc jure hæreditario eum colit, elocatum fuisse doceat: tunc enim magis est, ut ex continuato per utrinsque silentium locationis titulo, juxta *l. item quæritur* 13. §. *ult. ff. locati*, solutio annua credi debeat intervenisse, nec præscriptioni utilis aut directi dominii locus esse possit: arg. *l. male agitur* 2. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* Idemque est, si in quantitatis annuæ præstatione varietum appareat, dum aliis annis minor, aliis major pensio soluta est; etsi tunc ne de locationis quidem titulo interposito dominus fundi docere possit: cum enim canonis annui obligatio in emphyteusi eadem semper maneat, quandiu durat emphyteusis, nec augeri minuive soleat, magis est, ut ex illa variatione pro locatione identidem renovata præsumendum sit. Hieron. Pantschmannus *part.* 1. *quæst.* 22. *n.* 40. Menochius *de præsumpt. l.* 3. *præs.* 108. Berlichius *part.* 2. *conclus. pract.* 48. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 40. *defin.* 1. 2. Wassenaar *pract. judic. cap.* 7. *n.* 11. & *seqq.*

6 In emphyteusin concedere possunt & ecclesiæ, & municipia, & privati liberam habentes rerum suarum administrationem ac alienandi facultatem. Non ergo minores 25. annis sine decreto: arg. *l. non solum* 4. *C. de præd. & aliis reb. minor. sine decreto non alienand.* nec aliter prælatus ecclesiæ rem ecclesiæ, quam ex consensu capituli, vel majoris partis ejus; adhibitis iis, quæ ad rerum ecclesiasticarum alienationem ex jure civili vel canonico requisita sunt: *DD. ad tit. juris Canonici extra, de*

reb. eccles. non alienandis. Zoesius *ad tit. ff. locati n.* 58. *in fine*. Covarruvias 2. *variar. resolut. cap.* 17. *n.* 5. Nec quisquam fundum beneficii ecclesiastici ultra tempus, quo ipse illo beneficio fruitur; sic ut, mortuo illo beneficii possessore, prædium liberum ab omni emphyteusios onere transeat in beneficii successorem. Responsa JCtor. Holland. *part.* 4. *consil.* 23. Accipiunt in emphyteusin omnes illi, qui contrahendo se possunt obligare; adeoque etiam pupilli auctore tutore, etsi decretum magistratus desit; cum ita nulla fiat immobilium alienatio, sed sola obligatio ad annuam pecuniæ seu canonis solutionem nascitur.

7 Dantur in emphyteusin res solæ immobiles, non item mobiles; tum quia nuspiam in legibus mobilium mentio est; tum quia res mobiles non ita recipiunt meliorationem per insitionem, implantationem, similemque culturam: Parens p. mem. Paulus Voet *tract. de mobilib. & immobilib. cap.* 22. *n.* 2. Et primam quidem emphyteusios originem a fundis seu rusticis prædiis incepisse, satis ipsa evincit denominatio, & inscriptio hujus tituli *si ager vectigalis &c.* ad urbana tamen prædia ipsaque ædificia usum emphyteusis fuisse porrectum, vix est ut dubitemus; nam & ruinas domorum in emphyteusim perpetuam dari posse ad reædificationem, patet ex *auth. si quas ruinas C. de sacrosanct. eccles. novell.* 120. *cap.* 1. §. *ult.* & *cap. & hoc quidem* 6. §. 2. & domuum vectigalium mentio est in *l. si finita* 15. §. *si de vectigalibus* 26. *ff. de damno infecto:* ac licet per domum vectigalem etiam improprie intelligi possit *superficiaria* in alieno fundo ex consensu aut ratihabitione domini ædificata, cujus nomine *solarium*, quod & *vectigal* appellatur, exsolvendum est: *l.* 2. §. *si quis nemine* 17. *ff. ne quid in loco publico fiat;* tamen nulla juris ratio obstat, quominus etiam ædes vectigales in sensu proprio pro emphyteuticariis accipiamus, maxime, cum in dubio a propria vocabulorum significatione haud videatur recedendum: arg. *l. non aliter* 69. *ff. de legatis* 3. Cujacius *ad nov.* 7. Ant. Matthæus *de obligationib. disp.* 22. *n.* 2. atque ita molendina in nostra Hollandia in emphyteusin concedi, certum est. *Instructie voor de Heeren van de rekeninge der domeynen van Holland.* 27. *Martii* 1593. *art.* 92. *vol.* 5. *placitor. Holland. pag.* 752. In annuis reditibus illis, quos immobilibus rebus accenseri placuit (de quibus *tit. de rerum divisione*) emphyteusin constitui, non patitur propria emphyteusios natura, requirens scilicet legem meliorationis, qualis melioratio incorporalibus nequit rebus adhiberi. Mantica *de tacitis & ambig. lib.* 22. *tit.* 6. *n.* 8. Zoesius *ad tit. ff. locati n.* 60.

8 Solvendus in emphyteusi canon annuus domino directo, in reservati dominii agnitionem & argumentum: qui utrum in numerata pecunia, an vero in fructibus pendatur ex conventione, parum refert; cum utique agriculturæ promovendæ causa potissimum emphyteusin adinventam constet, adeoque eadem hic quoque ratio militet, quæ in prædiorum locatione pensionem in certa fructuum mensura vel ponderatione dari permisit: *l. si olei* 21. *C. de locato*.

9 Est vero emphyteusis vel secularis, quæ in rebus secularibus, vel ecclesiastica, quæ in rebus ecclesiasticis constituitur: &, an secularis an ecclesiastica dicenda sit, non ex accipientium vel dantium persona, sed ex sola rei datæ conditione æstimandum est. Ac olim quidem ecclesiastica tantum ad tertiam usque generationem utriusque sexus constitui potuit, sic ut primus acquirens eandem haberet cum liberis ac nepotibus; his autem defunctis, aut deficientibus, res iterum ad ecclesiam, unde profecta, rediret, exclusis in universum primi acquirentis hæredibus extraneis, exclusa & ipsa ejus uxore, nisi nominatim in contractu emphyteuticario uxoris aut mariti mentio facta esset: *novel.* 7. *cap. emphyteusin* 5. *in pr.* Sed jure novissimo etiam rerum ecclesiasticarum emphyteusin in perpetuum posse constitui, sic ut ad cujuscunque gradus hæredes sive cognatos sive extraneos devolvatur, sancitum est, solis ecclesiæ Constantinopolitanæ rebus exceptis: *novell.* 120. *cap. & hoc quidem* 6.

10 Obtinuit insuper usu inductum, ut emphyteusis vel simpliciter concedatur, quodque eodem redit, *pro se & hæredibus*, vel certæ familiæ certarumve personarum aut graduum intuitu. Illa ad quosvis etiam extraneos hæredes transmittitur: hæc familiam aut personas designatas non egreditur: illa in materia successionis & similibus allodiis cæteris similis est; hæc magis feudalibus comparata, sic ut & multis in locis individua sit, & non omnibus ejusdem gradus, sed primogenituræ jure uni cedat, feudorum exemplo, atque etiam renovatio quædam investituræ petenda sit, sub pœna caducitatis; in quibus tamen admodum variant regionum mores, ut suo loco in materia successionis ab intestato latius dicendum erit. Videatur interim Anton. Matthæus *in paræmiis Belgar. Juriscons. paræm.* 2. *n.* 37. Hugo Grotius *Manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 40. *n.* 2. 3. 4. 7. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 16. *n.* 1. & 13. Rodenburch *de jure conjugum in tract. prælimin. de statutor. diversit. tit.* 2. *cap.* 2. *n.* 1. *pag. mihi* 53. Respons. JCtor. Holland. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 45. Zoesius *ad Pand. tit. locati n.* 64. *& multis seqq.* Perezius *ad tit. C. de jure emphyteut. n.* 4. 5. 6.

11 Juris emphyteutici constituti effectus est, quod emphyteuta plenissimum habeat fruendi jus, adeoque ad eum omnia fere pertineant, quæ ad fructuarium pertinere, libro sequenti trademus, ut puta, venationum, piscationum, aucupiorum commoda, alluvionis utilitas; modo in his omnibus ut bonus paterfamilias versetur: arg. *l. item* 9. *pr.* & §. 1. 4. 5. 6. *d. l. usufructuarium* 62. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Et quamvis ad fructuarium neque thesaurus in fundo repertus pertineat, neque ususfructus insulæ ante fundum fructuarium natæ: *d. l. item* 9. §. *huic vicinus* 4. *ff. de usufructu*. arg. *l. fructus* 7. §. *si fundum* 12. *ff. soluto matrimon.* emphyteutæ tamen plus juris hac in parte asserendum, haud dubito: cum enim eundem omne particulare damnum gravet, & ad integri canonis præstationem devinctus maneat, non obstante interitu partis majoris: *l.* 1. *C. de jure emphyteut.* fas est, ut & augmenta ei jure emphyteusios accedant, adeo-

adeoque & emphyteusis insulæ ante fundum emphyteuticarium enatæ; ut ita eum noda rei habeat, quem & incommodi sequuntur: *l. secundum naturam* 10. *ff. de regulis juris*. Anton. Matthæus *de obligation. disput.* 22. *n.* 4. Nec animadverto, quid virum doctissimum commoverit, ut *in d. disput.* 22. *n.* 5. in thesauro reperto aliud, quam in insula ante fundum nata, statueret; cum non magis insula talis, quam thesaurus, in fructu sit, nec minus quam thesaurus, jure dominii in fundo competentis, acquiratur; domini autem nomine is quoque veniat, qui agrum emphyteuticarium, & ejus exemplo, feudalem habet: nam & dominos fundorum talium esse emphyteutas, asseritur *l. possessores* 12. *C. de fundis patrimonial.* &, cum ex catalogo illorum, qui bonorum immobilium possessores dicebantur, eliminati essent tum creditores hypothecarii, tum usumfructum prædii habentes; contra, bonorum immobilium possessoribus, id est, dominis accensiti, qui vel plenam vel nudam habebant proprietatem, vel vectigalem, id est, emphyteuticarium agrum possidebant, ac propterea a satisdatione de sistendo erant immunes: *l. sciendum est* 15. *pr.* & §. 1. *ff. qui satisd. cog.* quibus adde, thesaurum esse fortunæ donum: *l. si is, qui* 63. §. *si communis* 1. *ff. de acquir. rer. domin.* quæ vero felicitate aut infelicitate fortunæ contingunt, ad emphyteutam spectant: *d. l.* 1. *C. de jure emphyteut.* Placuitque hæc de Thesauro sententia Argentræo *ad consuetud. Britann. art.* 53. *not.* 2. *n.* 6. Corasio *ad l.* 1. *C. de emphyt. n.* 17. Rosenthalio *synopsi feudali cap.* 5. *conclus.* 93. Burgundo *ad consuetud. Flandriæ tract.* 12. *n.* 15. Vinnio ad §. *thesaurus* 39. *Instit. de rer. divis. n.* 3. Parenti p. m. Paul. Voet *ad d.* §. *thesaurus n.* 5. Non tamen emphyteutæ licitum, effodere ex agro emphyteuticario terram fictilem figulinæ exercendæ causa, aut terram combustibilem, longeque minus metallifodinas aut lapicidinas lapidum haud renascentium instituere vel exercere. Quamvis enim hæc fructuario concessa sint: *l. si cujus rei* 13. §. *inde est* 5. *ff. de usufructu & quemad. quis utat. l. veluti* 6. *ff. de servit. præd. rustic.* in quantum pretio rutorum cæsorumque utitur fructuarius quodam quasi ususfructus jure, sed cum onere & sub cautione de eo restituendo post ususfructus finem, ut dictum in *tit. de usufructu n.* 24. tamen ad emphyteutam id extendendum non est; quippe qui vel sub lege meliorationis rem in emphyteusin accipit, vel saltem eam secundum mores hodiernos deteriorem efficere nequit: deteriorem vero redderet, pretiique minoris, per metallorum & terræ fictilis similiumque eductionem. Nec hic ita quasi emphyteusis in numerata pecunia, ex rutis & cæsis redigenda, concipi aut fingi sine lege potest, uti quidem quasi ususfructus senatusconsulto inductus fuit. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 165.

12 Ex opposito, onera quoque emphyteutam fructuarii exemplo ferre nomine rei emphyteuticariæ, necesse est; quem in finem huc reducenda, quæ plenius *tit. de usufructu*, tanquam propria sede, traduntur: nisi canonis indictionisque magnitudo suadeat, onus inter emphyteutam & dominum directum dividendum esse; uti post Jul. Clarum §. *emphyteusis quæst.* 46. Hug. Grotium *manuduct. ad Jurisprud. Holland. lib.* 3. *cap.* 18. *n.* 14. & *seqq.* aliosque observat Ant. Matthæus *d. disput.* 22. *n.* 8. *de obligationibus*. Responsa Jurisc. Holland. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 331. (*revera*) 231. *pag.* 662.

13 Posito autem, quod res ecclesiasticæ oneribus fiscalibus, domino temporali (ut loquuntur) solvendis, exemptæ sunt, etiam oneribus hisce exemptum fore emphyteutam nomine fundi ab ecclesia in emphyteusin concessi, defendit cum aliis Fachineus *controvers. lib.* 1. *cap.* 91. & hæsitanter Christinæus *vol.* 3. *decis.* 120. *n.* 6. ea potissimum moti ratione, quod ubicunque aliquis rem possidet sui natura immunem ab hujusmodi tributis & pensitationibus, ipse quoque easdem solvare non sit compellendus; quodque in casibus, quibus dominus directus ab oneribus hujusmodi publicis immunis est, emphyteuta quoque ab eo causam habens immunitate eadem debeat gaudere: arg. *l. privatæ rei* 10. *C. de excusation. munerum*. Adde Tuldenum *ad tit. C. de emphyteusi n.* 6.

14 Extinguitur emphyteusis variis modis, puta, lapso tempore, ad quod concessa est; vel deficiente familia aut gradu, cui & cujus contemplatione constituta fuerat: adeo ut nec post finitum tempus emphyteuta ipse, nec proximiores ultimi possessoris agnati, qui vi primæ concessionis haud admittendi erant, cogere dominum invitum possint, ut is emphyteusin apertam, & ad se reversam, rursus iis sub ejusdem canonis lege concedat, & aliis idem forte offerentibus anteponat. Licet enim nonnullis placuerit, inter descendentes ultimi possessoris & collaterales distinguere, & illis quidem, at non his, tribuere talem præ aliis prælationem, ut videri potest apud Jul. Clarum §. *emphyteusis quæst.* 43. vix tamen est, ut ex nostri juris ratione opinio ista defendi queat: cum utique fas simul & æquissimum videatur, ut unusquisque suo arbitratu de re sua pleno jure ad se reversa disponat, & voluntate libera quærat vel probet, uti emptorem ac conductorem, ita & emphyteutam; nec rei suæ desinat arbiter ac moderator esse, dum de re sua cogeretur aliquid facere invitus: arg. *l. pen. C. de contrah. empt. l. in re mandata* 21. *C. mandati l. ne qui liceat.* 32. *C. de locato*. Nec adversatur *l. congruit pen. C. de locatione prædior. civilium*, cum jus singulare comprehendat in utilitatem veterum possessorum prædiorum civilium idem offerentium: ut commodo hoc pensetur incommodum, quod publicani, qui publico fruuntur, etiam quandoque inviti in conductione ultra constitutum tempus retinentur: *l. cotem* 11. §. *ult.* *ff. de publicanis*. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 148. *n.* 5. Zoesius *ad Pand. tit. locati n.* 115. Fachineus *controvers. lib.* 1. *cap.* 100. Perezius *ad tit. C. de jure emphyteut. n. cæterum* 14. Et hæc ita, nisi contrarium consuetudine inveterata firmatum sit. Andr. Gayl. *d. n.* 5. uti de eo jure, quasi per Hollandiam recepto in casu deficientis familiæ aut gradus, non item temporis elapsi, testatur Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 40. *n.* 23. & ibi Groenewegen *in not.* Quo tamen casu non aliter ista coacta renovatio videtur admittenda, quam si res adhuc integra sit,

sit, dum necdum in alterum rel istius emphyteusis collata est; & intra annum, ex quo quis scit emphyteusin extinctam esse, renovatio petatur; ac denique dominus directus rem nolit pro se retinere, sed alteri rursus in emphyteusin concedere. Vide Jul. Clarum §. *emphyteusis quæst.* 43. *n.* 3.

15 Quod si, finita emphyteusi temporali, dominus directus anni sequentis canonem acceperit, ex eo solo, quasi tacito consensu, repetita censeri non debet in dubio emphyteusis; etsi in locatione id ita obtinere constet ex *l. item quæritur* 13. §. *ult. ff. locati:* & Menochio *de præsumpt. lib.* 3. *præsumpt.* 85. Neque enim a locatione ad emphyteusin hac in parte argumentum duci potest; cum in locatione tantum de temporis brevioris usu, adeoque minore domini præjudicio agatur, conductione tantum in annum in rusticis prædiis ex tacito consensu continuata: *d. l.* emphyteusis contra non nisi ad minimum in longum tempus deberet videri repetita. Quo majus ergo apparet domini præjudicium, eo difficilius in illud tacita voluntate consensisse præsumendus est. Treutlerus *vol.* 1. *disput.* 29. *th.* 10. *lit. B. ibique* Bachovius *in not.* Fachineus *controvers. lib.* 1. *cap.* 84.

16 Interitu insuper rei perit emphiteusis, & eo quidem totali, non vero partiali: adeo ut ne pars quidem canonis diminuenda veniat, etiamsi fundi pars major perierit: cum tanta requiratur clades, *quæ prorsus ipsius rei, quæ per emphyteusin data est, faciat interitum*, ut ait Imp. in *d. l.* 1. *C. de jure emphyteut.* §. *adeo autem* 3. *in fine Instit. de locat. conduct.* Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 43. *defin.* 36. Corasius *ad l.* 1. *C. de emphyteusi n.* 15. Carpzovius *def. for. part.* 2. *constit.* 38. *defin.* 19. Si tamen canon per singula jugera constitutus sit, etiam pro jugerum ex agro emphyteutico pereuntium numero seu quantitate canon diminuendus esset, eo quod tunc tot diversæ videntur esse emphyteuses, quot jugeribus prædium emphyteuticarium in prima emphyteusios concessione divisum est: arg. §. *quoties plures* 18. *Instit. de inutil. stipulat.* Jul. Clarus §. *emphyteusis quæst.* 8. *n.* 8. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 40. *n.* 32. & 33. Idemque statuendum, si appareat, in determinanda canonis quantitate habitam fuisse fructuum rationem. Etsi enim emphyteusis originem traxisse videatur ab incultis & sterilibus agris, qui colonum non reperientes mercedem fructibus speratis congruam offerentem, in longissimum tempus aut in perpetuum, modicæ tantum pensionis annuæ, ad conservandam veri domini memoriam solvendæ, lege concedebantur; constat tamen, postmodum etiam cultissimos ac fertilissimos fundos incepisse in emphyteusin concedi, canone majore in conventionem deducto pro fundi bonitate ubertateque; eum potissimum in finem, ut diligentius colerent, ac curarent impensius emphyteutæ, scientes se in suam impendere utilitatem; dum canonem solventes non ita metuere debebant dejectionem, atque quidem coloni, quippe post finitum modicum locationis tempus locatoris arbitrio depellendi, atque ita non sibi sed successoribus opera sua sumptuque profuturi. Hoc ergo in casu, uti canon annuus a mercede non distat, ita & ad exemplum mercedis diminutio canonis propter partis interitum haud videtur deneganda. Jul. Clarus *d. loco.* Grotius *de manuduct. lib.* 3. *cap.* 18. *n.* 7. 8. 9. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 43. *defin.* 36. dissent. Fachineus *controvers. lib.* 1. *cap.* 89.

17 Quod si canon fructibus rei ab initio non responderit, ager tamen emphyteuticarius eo usque deinceps diminutus sit, ut pars reliqua non sufficiat annui canonis solutioni; indulgendum emphyteutæ videtur, ut vel canonem arbitrio viri boni diminutum in posterum præstet, vel saltem emphyteuticum agrum in universum derelinquat, atque ita sese annuo subducat oneri vectigalis. Ant. Faber *Cod. d. lib.* 4. *tit.* 43. *defin.* 11. & 36. *in pr.* Zoesius *ad Pand. tit. locati n.* 74. & 88. Charondas *ad consuet. Paris. art.* 109. 110. Louet *lit. D. arrest.* 41. & *ibi* Brodeau. Responsa Juriscons. Holl. *part. consil.* 36. ibique alii plures citati. Sim. van Leeuwen *censur. forens. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 16. *n.* 17. quod & consuetudine receptum esse testatur Tyraquellus *de retractu gentilit.* §. 34. *gloss.* 1. *n.* 3. & 4. Quamvis enim etiam ex conventione jus emphyteusios inducatur, qua alter ad dominii utilis concessionem, alter ad canonis præstationem sese devinxit, nec obligationi semel constitutæ renunciare liceat, adversario non consentiente: *l. sicut initio* 5. *C. de oblig. & action.* quo fundamento plures derelictioni locum non reliquerunt. Tyraquellus *de retractu gentilit. d.* §. 34. *gloss.* 1. *n.* 1. & *seqq.* Treutlerus *vol.* 2. *disput.* 29. *th.* 13. *lit. D.* ibique Bachovius: non tamen ea tanti sunt, ut quemquam movere debeant. Etenim, aut canonem concipimus habita fructuum ratione constitutum fuisse, & tunc frustra de emphyteusis derelinquendæ potestate disputatur; cum canonis remissio tunc impetrari possit ob partis interitum, secundum ante dicta. Aut tantum in agnitionem dominii directi canonis præstationem impositam apparet; & eo casu nihil vetat, ab emphyteusios contractu, invito etiam domino directo, resilire, emphyteusin derelinquendo; cum nullam emphyteuta tunc domino injuriam faciat, sed ita plenissime agnoscat directum dominium, ut & totum utilis dominii jus cum directo efficiat consolidatum. Emphyteusis scilicet tunc potissimum emphyteutæ beneficium est, uti feudum dicitur beneficium vasallo a domino concessum, licet feudum quoque militiæ & servitiorum onera adjuncta habeat; ac proinde jus suum derelinquens emphyteuta, totum beneficium sibi a domino collatum domino reddit. Neque insuper novum in jure nostro, ut is, qui rei alicujus intuitu ad onus aliquod & impendia subeunda devinctus est, rem eandem pro derelicto habendo ab onere illo in posterum liberetur. Nam & qui oneris servitutem, adeoque simul parietis vel columnæ refectionem suo vicino debet jure servitutis, pactionibus & stipulationibus aut aliter constitutæ, rei servientis derelictione potest evitare reficiendi necessitatem: *l. si forte* 6. §. *etiam* 2. *ff. si servit. vindic.* Nec minus fructuarius, cui dudum incubuerat rei fructuariæ reficiendæ onus, si ad refectionem a proprietario jam judicio conventus fuerit, vel ob impensam a negotiorum gestore in refectiones jam erogatam actione negotiorum gestorum contraria interpelletur, absolvendus est ab omni etiam præteritæ refectionis cura sumptuque, si usumfru-

fructum derelinquere paratus sit: *l. si absente* 48. *l. cum fructuarius* 64. *ff. de usufructu & quemadm. quis utatur*.

18 Si tamen prædium emphyteuticarium non a privatis, aut iis, qui privatorum jure utuntur, sed a fisco concessum fuerit, jure singulari obtinuit, non posse emphyteutam liberari a canone, etsi derelinquere paratus sit: *l. quicunque* 3. *C. de fundis patrimonial.* Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 43. *defin.* 11. *in fine:* Respons. JCtor. Holl. *d. part.* 5. *consil.* 36. *in med.* Idemque est, si non casu aliquo fortuito, sed manifesta emphyteutæ negligentia perierit emphyteusis maxima sui parte, veluti fluminis edacitate, quam emphyteuta potuisset ripæ munitione, boni patrisfamilias more arbitrioque facienda, impedire; vix enim est, ut tunc pro derelicto habendo id, quod flumen ex prædio reliquit intactum, canonis solutionem in posterum subterfugiat: ne alioquin impunita sit culpa aut dolus ejus, qui boni viri arbitratu debuerat re frui: arg. *l. is, cum quo* 7. *ff. de aqua & aquæ pluviæ arcendæ: l. sed cum fructuarius* 65. *ff. de usufructu & quemadm. quis utat.* Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 43. *defin.* 37. *n.* 7. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 38. *defin.* 19. *n. ult.* Facitque huc, quod sancitum est, emphyteuta refugiente retinere rem emphyteuticam, quam dolo suo reddiderat deteriorem, posse præpositis loci venerabilis, ad quem directum pertinet dominium, indemnitatem venerabili loco ex reliquis emphyteutæ rebus impetrare: *novell.* 120. *cap. si vero quis* 8. *in fine*. Neque de injuria queri potest, quod fructus non percipiens ad canonem tamen obligatus maneat; cum culpæ propriæ acceptum ferre debeat, quod congruum ex re emphyteuticaria non capiat emolumentum; jure nostro & ratione naturali dictante, illum, qui culpa sua damnum sentit, non intelligi damnum sentire: *l. quod quis ex culpa:* 203. *ff. de regul. juris*. Quibus consequens est, ut, si emphyteuta, cui vel ædificia vel molendina in emphyteusin data sunt, ea corrumpi patiatur, ac ex refectionis defectu in universum collabi, ad integri tamen canonis solutionem obstrictus maneat; sibi quippe imputaturus, quod labefactata atque ruentia non fulserit, vel alia non reposuerit in locum collapsorum, atque ita ex restitutis idem, quod ex pristinis, percipiat emolumentum. Anton. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 43. *defin.* 37. Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 16. *n.* 18. Quin &, si emphyteuta fundum emphyteuticarium possidere desierit, dum ab alio vi de possessione dejectus est, sine domini directi consensu aut facto, ideoque fructus non potuerit percipere, non tamen ideo jure canonis annui detrectat solutionem; cum vel interdictis vel ordinariis actionibus impetrare potuerit rei restitutionem, nec re carere videatur, qui actionem habet ad rem recuperandam: *l. is, qui actionem* 15. *ff. de reg. juris*: Jul. Clarus §. *emphyteusis quæst.* 8. *n.* 5. Ant. Faber *Cod. d. lib.* 4. *tit.* 43. *defin.* 33.

19 Quæ de partis interitu dicta, etiam tunc obtinent, cum insolita sterilitas, aut hostium incursus, aut extra ordinem imposita agris majora tributa atque pensitationes, solitum impediverunt emphyteusios proventum; eo quod hæc quoque omnia damno particulari, emphyteutam, non dominum, gravanti, accensenda sunt: arg. *d. l.* 1. *C. de jure emphyteut.* Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 38. *defin.* 19. Zoesius *ad tit. ff. locati n.* 74. Abr. a Wesel *de remissione mercedis cap.* 10. *n.* 1. 2. 3. Nec adversatur *l. ex conducto* 15. §. *Papinianus* 4. *ff. locati*. Perperam enim verba *hoc idem, & in vectigalis damno*, de sterilitate fructuum agri vectigalis plures interpretati sunt: cum potius de vectigalium conductoribus accipienda sint, qui, si solito minora longe vectigalia receperint durante tempore suæ conductionis, conductorum aliorum proprie dictorum exemplo impetrare possunt pensionis promissæ remissionem, quasi ob inexpectatam vectigalium sterilitatem. Plane, si non exiguum, sed fructibus speratis congruum canonem concipiamus constitutum, mercedi in locatione assimilandum, etiam ob sterilitatem insolitam vi divina vel hostium incursu procuratam, remissio canonis concedenda foret, eadem tunc in canone, quæ in mercede, ratione militante. Neque enim alia in locatione causa est, cur ob sterilitatem remissio impetretur, quam quia pensio fructibus speratis respondere solet: si ergo & canon iisdem respondeat, iniquum esset diversum statuere in emphyteusi quam locatione. Nihil in contrarium operante, quod & tunc, cum canon non modicus præstatur, nihilominus emphyteusis appelletur; cum non tam nomen conventionis inspiciendum sit, quam potius natura atque conditio negotii, quod gestum est: arg. *tit. C. plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*. Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holland. lib.* 3. *cap.* 18. *n.* 7. 8. 9. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 43. *defin.* 36. Zoesius *ad Pand. tit. locati n.* 74. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 23. *n.* 24. *& seqq.* Jul. Clarus §. *emphyteusis quæst.* 8. *n.* 6. 7. dissent. Fachineus *controvers. lib* 1. *cap.* 89. Tuldenus *ad tit. C. de emphyteusi n.* 4.

20 Quod si per incursum hostium non turbata tantum fuerit agri emphyteuticarii cultura, sed emphyteuta in universum expulsus sit, sic ut nec colere nec fructus percipere potuerit, quia possidere desierat fundum ab hostibus jure belli occupatum; procul dubio, durante illa hostili occupatione, a canone liber erit, quasi rei interitu. Neque enim emphyteuta videri potest, qui rem possidere nequit, non injusta privatorum quorundam invasione occupatam (quæ per imploratam judicis auctoritatem impediri vel reparari potuisset) sed jure belli, plenoque adeo dominii jure ad hostes translatam. Agros sane per hostes occupatos desinere in priorum dominorum potestate esse, & hostium fieri, expeditum est ex iis, quæ vulgo ab interpretibus ad §. 17. *Instit. de rer. divis.* & *ad tit. ff. de captiv. & postlim. reversis* traduntur. Fachineus *controvers. lib.* 1. *cap.* 90. Jul. Clarus *d.* §. *emphyteusis qu.* 8. *n.* 6. Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 40. *n.* 27. & *lib.* 3. *cap.* 18. *n.* 8. Zoesius *ad tit. Pand. locati n.* 89. Perezius *ad tit. C. de jure emphyteut. n.* 12. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 38. *defin.* 19. *n.* 8. *& seqq.* Ant. Matthæus *de obligat. disput.* 22. *th.* 10. *in fine*. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 16. *n.* 21. Abr. a Wesel *de remiss. mercedis cap.* 10. *n.* 5. *& seqq.*

21 Simile de inundatione agri emphyteuticarii judicium esto; non breviora illa, qua aqua torrentium fluminumve subito intumescens detumescensque annuam non omnino impedit fructuum perceptionem, sed diuturniore, in annum integrum longiusque tempus continuata, omnemque interim utendi fruendi facultatem denegante. Quamvis enim, aqua deinceps iterum recedente, & proprietario proprietas, & fructuario ususfructus, & eorum exemplo emphyteutæ quoque suum restituatur emphyteuseos jus: *l. si ager* 23. *l.* 24. *ff. quib. mod. ususfr. amitt.* inundatione tamen durante, possessio penes emphyteutam non potest videri constituta: arg. *l. cum unus* 12. *§. ult. ff. de reb. auctor. jud. possid. l. possideri* 3. *§. Labeo* 17. *l. qui universas* 30. *§. item; quod mari* 5. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* maxime, si cogites, ab utilitate percipienda potissimum emphyteutam utilem dominum appellari, quæ utilitas inundationis tempore non modo penitus impedita est, sed & omnis commodi interim percipiendi spem; quæ aliter se habent, ubi possessio ac cultura fundi libera fuit, sed conceptam agricolæ spem inopinatus elusit sterilitatis eventus. Wesel *de remissione mercedis cap.* 10. *n.* 3. *& seqq.*

22 Præterea emphyteusis finitur, si emphyteuta suam emphyteusin alienavarit, non facta domino directo denunciatione: *l. ult. C. de jure emphyteut.* in totum quidem, si tota, pro parte vero, si pars alienata fuerit: res enim talis est aut jus tale, quod divisionem recipit, eo modo, quo & ususfructus jus dividuum est, ideoque pro parte amitti, pro parte retineri potest: *l. excepta* 14. *ff. quib. mod. ususfr. amitt.* Quo facit & argumentum a feudo desumptum, quod in totum amittitur, si in totum, pro parte vero, si pro parte tantum alienatum sit: *lib. 2. feudor. tit.* 38. *de vasallo qui contra constit. Loth. Reg. benefic. alienav.* Et quamvis verum sit, non in omnibus a feudo ad emphyteusin ratiocinium procedere; in hoc tamen tertio cum eadem ratio sit, & alienationis illicitæ pœna in amissione rei alienatæ utrobique consistat; nihil impedit quo minus idem in emphyteusi observetur, quod de feudo manifesto cautum. Jul. Clarus *§. emphyteusis quæst.* 13. *n. ult.* Tyraquellus *de retractu gentil.* §. 23. *gloss.* 1. *n.* 28. Besoldus *delibatis juris ad Pand. h. t. n.* 8. *pag.* 105. dissent. Sande *de prohibit. alienat. part.* 1. *cap.* 4. *n.* 14. 15. Ant. Matthæus *de oblig. disp.* 22. *th.* 16. Wissenbach *ad Pand. vol.* 1. *disp.* 18. *n.* 37. Adde quæ in *seqq. h. t.* de parte canonis non soluta. Inductum autem fuit hoc denunciationis requisitum novissima Justiniani constitutione, si non aliud pactis emphyteusi adjectis cautum sit: *l. ult. C. de jure emphyteut.* nulla inter emphyteusin a fisco aut privatis concessam distinctione adhibita; quam quidam admittendam credidere, putantes, emphyteutis fiscalibus remansisse alienandi potestatem sine denunciationis necessitate; ut videri potest apud Ant. Matthæum *de auction. lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 18. *& seqq.* cum potius verum sit, ante Justiniani constitutionem omnibus emphyteutis, & a privato & a fisco emphyteusin tenentibus, potestatem competiisse emphyteusin alienandi, nulla imposita denunciationis necessitate: *§. adeo* 3. *Instit. de locat. conduct. l.* 1. *ff. h. t.* arg. *l.* 1. *C. de fundis patrimonial.* Vinnius *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 2. *in pr.* sed id in omni emphyteusi fuisse mutatum. Cæterum illud antiquum jus apud nos hodiernis moribus iterum reductum est, alienatione nunc rata existente sine hac denunciationis solemnitate; salvo tamen dominis directis circa rem emphyteuticam alienatam jure retractus faciendi intra tempora consuetudine recepta, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 39. Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 40. *n.* 8. 9. 10. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 38. *defin.* 13. Groenewegen *ad l. ult. C. de emphyteusi.* Ant. Matthæus *parœm. Belgarum Juriscons.* 2. *n.* 37. Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 16. *n.* 5. Adde *d'Instructie voor de Heeren van de rekeninge der Domeynen van Holland.* 27. *Martii* 1593. *art.* 91. *in fine vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 732. Quemadmodum ex adverso dominus directus, tum Romano tum hodierno jure, dominium directum in alium transferre potest, etsi emphyteutam propositi sui non reddiderit certiorem; cum lex nulla civilis hujus denunciationis habeat mentionem. Ant. Matthæus *parœm. Belgar. Jurisconsult.* 2. *n.* 39. Hartmannus Pistor. *lib.* 3. *qu.* 22. *n.* 17. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 39. *defin.* 10.

23 Posita autem Romani juris observantia circa denunciationis necessitatem in alienatione per emphyteutam facienda, dicendum videtur, pœnæ commissi locum non esse, si venditio nulla sit ob solemnitatum defectum; eo quod odiosa in dubio restringenda sunt, ac pœnæ minuendæ: *l. pen. ff. de pœnis*: &, quod nullum est, nullos potest effectus, adeoque nec caducitatem emphyteuseos, producere, dominio scilicet apud emphyteutam eundem remanente. Nec aliud dicendum, si conditionalis sit venditio; quippe qua dominium non transit: *l.* 2. *in fine*: *l.* 3. 4. *ff. de in diem addict.* vel res vendita quidem, sed traditio nondum facta; cum ne sic quidem res alienata dici possit: arg. *l. traditionibus* 20. *C. de pactis.* Zoesius *ad Pand. tit. locati n.* 97. Ant. Matthæus *de obligat. disp.* 22. *n.* 14.

24 Sed nec sub alienationis appellatione oppignoratio hic comprehensa est; cum jure veteri emphyteusis æque ac superficies pignori dari potuerit, sine ullo denunciationis talis requisito: *l. tutor* 16. *§. ult. ff. de pignorat. act. l. lex vectigali* 31. *de pignor. & hypothec. l. etiam* 15. *ff. qui pot. in pignore*: nec ulla per Justinianum in *d. l. ult. C. de emphyteusi*, mutatio circa pignus facta appareat: quippe quæ de illa loquitur empytheusios translatione, quæ pretio interveniente contingit. Neque eadem pignoris, quæ venditionis, ratio est; dum ex pignoris constitutione fieri quidem potest, ut alienatio deinceps subsequatur, de præsenti tamen nulla juris emphyteutici translatio fit, nec alius emphyteuta in locum prioris succedit. Julius Clarus *§. emphyteusis quæst.* 18. Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 59. Radelantius *Curiæ Ultraject. decis.* 17. *n.* 17. Idemque de servitutum prædialium impositione dicendum est: nam & superficiario licet sine domini consensu servitutes imponere; & ipsi quoque vasallo; cui alioquin difficilius, quam quidem emphyteutæ, alienatio permissa est: *l.* 1. *§. ult. ff. de superficiebus. lib.* 2. *feudor. tit.* 8. *vers. rei autem.* Jul.

Cla-

Clarus d. §. *emphyteusis quæst.* 21. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 58. *defin.* 14. Zoesius *ad tit. ff. locati n.* 109. Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 40. *n.* 14. 15. Neque tamen ea pignoris constitutio vel impositio servitutis, domino directo damnosa est; cum emphyteusi in commissum cadente, pignoris quoque aut servitutis jus evanescat, juxta vulgatum illud, resoluto jure dantis jus quoque accipientis resolvi: *d. lib.* 2. *feud. tit.* 8. *vers. rei*, *l. lex vectigalis* 31. *in fine ff. de pignor. & hypothec.* Zoesius, Clarus & Carpzovius *d. locis*.

25 Non etiam donatio, aut permutatio, aut legati datio, aut institutio hæredis, ad alienationem non sine denunciatione faciendam referenda; ad id scilicet, ut dominus directus donatarium, legatarium, hæredem, aut ex permutatione tenentem, oblato justo emphyteuseos pretio, depellere posset, sibique rem revocare; eo quod in *d. l. ult. C. de jure emphyteut. venditionis*, *comparationis*, *pretii*, *ejusdem quantitatis præstandæ*, similiumque, a donatione institutione ac legato alienorum, mentio est: atque insuper legibus anterioribus, tum legatum, tum donatio circa rem emphyteuticam permissa fuit, salvo domini directi jure: *l.* 1. *C. de fundis patrimonialibus*: *l. in conventionibus* 219. *ff. de verbor. signif. l. si domus* 71. §. *ult. ff. de legatis* 1. Præterea in permutatione quidem insignis ei, qui ex permutatione emphyteusin nancisci voluit, injuria inferretur, dum frustraretur non tantum prædio emphyteuticario, sed & suo proprio in emphyteutam ex permutatione translato, quod forte nunquam venditurus fuisset, neque justo neque duplicato aut majore pretio, emphyteuticarii tamen fundi obtinendi causa carere voluit, emphyteuticum suo anteponens, ex affectione, qua multis variisque de causis in rem quandam mortales duci constat. In legato vero & donatione atque institutione per dominum directum, oblato pretio, infirmanda, iniquitas haud absimilis est; dum non modo donatarius vel legatarius, præcipuo sæpe privaretur commodo donationis, ubi in acceptanda liberalitate qualitatem agelli emphyteuticarii, situm, usum sibi necessarium, aliaque affectionem in rem provocantia, consideravit magis, quam modicum ac forte spernendum sibi valorem ejus; sed & is, qui liberalitatem exercet, fine suo excideret, qui esse poterat, ut in emphyteuticario prædio perenne extaret liberalitatis in donatarium similesque collatæ monumentum, qualis beneficii memoria in pretio, re fungibili, facile expendenda, aliisve miscenda, non ita solet aut potest conservari. Et hanc sententiam post Donellum *lib.* 9. *comment. jur. civil. cap.* 14. Manticam *de tacit. & ambig. lib.* 22. *tit.* 28. *n.* 56. *& seqq.* Tuldenum *ad tit. C. de emphyteusi n.* 8. Corasium *ad l.* 3. *C. de emphyteusi n.* 9. Bronchorst *cent.* 1. *assert.* 80. tuetur Vinnius *select. quæstion. lib.* 2. *cap.* 2.

26 Sive autem denunciatio necessaria sit sive non, illud sane inter plerosque constat, per donatarium, legatarium, hæredem, imo & emptorem, qui ab emphyteuta, liberam habente alienandi potestatem ex speciali pacto constitutioni emphyteuseos apposito, comparavit emphyteusin, præstandam esse, in dominii directi agnitionem, quinquagesimam pretii aut æstimationis partem: dum enim in *d. l.* 3. *C. de jure emphyteut.* pretii vel *æstimationis* mentio est, probabile, pretium ad emptionem, æstimationem ad donationem, legatum, permutationem, & alia, pretium proprie non recipientia, debere referri. Jul. Clarus §. *emphyteusis quæst.* 23. *n.* 2. 3. Corasius *ad d. l.* 3. *C. de emphyteusi n.* 9. Vinnius *d. lib.* 2. *quæst. select. cap.* 2. Et sane, cum omnibus his in casibus emphyteuta novus subintret in locum prioris, æquum fuerit, ut is, in quem emphyteusis alienata est; non autem alienans, quinquagesimam aut aliam, pro vario usu, pretii partem domino exsolvat, atque ita directum agnoscat rei dominum; ne videatur pleno velle jure fundum possidere: qualis præstatio *laudimiorum* aut *laudemiorum* venit appellatione; ac apud nos in Hollandia loco quinquagesimæ partis ex pretio, in duplicati canonis solutione plerumque consistit. Jul. Clarus *d. quæst.* 23. *n.* 4. Corasius *d. loco*. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 40. *n.* 12. Mollerus *lib.* 4. *semestrium cap.* 4. *in pr.* Carpzovius *defin. part.* 2. *constit.* 39. *defin.* 13. 33. parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 3. *Instit. de locatione n.* 6. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 16. *n.* 5. Groenewegen *ad l. ult. C. de jure emphyteut. in fine*.

27 Habet vero hæc laudemiorum præstatio etiam tunc locum, cum emphyteuta suam emphyteusin rursus alteri in emphyteusin concessit (qualis concessio in jure feudali *per libellum* aut *libellario nomine* facta dicitur, & *contractus libellarius* ab interpretibus appellatur) si secundus emphyteuta suam deinceps emphyteusin vendat: eoque casu magis est, ut non emphyteutæ primo, sed primo domino directo cedere debeat, quicquid ab emptore velut laudativum solvi debuit in domini directi agnitionem: nam & primo domino directo denunciatio facienda fuit; ut, si velit, jus suum protimeseos exerceat, sibique eodem pretio rem habeat emptam; ne alioquin emphyteuta plus juris transtulisse videretur in emphyteutam secundum, quam ipse habet, idque cum domini directi, laudemiis ita fraudandi, damno. Vide Jul. Clarum §. *emphyteusis quæst.* 20. *& ibi in notis*.

28 Si tamen venditor in emphyteuseos venditione dissimulaverit laudimiorum onus, æquum fuerit, emptori adversus venditorem regressum dari in id, quod eo nomine domino præstare obligatus fuit; cum videatur illud onus latentibus rerum venditarum vitiis accensendum, ob quæ quanti minoris actio ex ædilitio edicto comparata est; ac probabile sit, emptorem, si illud onus scivisset, tanto minorem pretii nomine quantitatem fuisse oblaturum: arg. *l. quotiens* 61. *ff. de ædilit. edict.* Carpzovius *d. part.* 2. *constit.* 39. *defin.* 33. *in fine*.

29 Quod si in prima emphyteuseos constitutione id actum sit, ut pœna debeatur, laudemiis ob alienationem intra certum temporis spatium non solutis, emptores quidem similesque id ipsum scientes & solutionem consulto negligentes in pœnam incidere, expeditum est: ignorantibus tamen, quibus fundus ut liber distractus donatusve fuit, & ob id in

lau-

laudimiorum solutione cessantibus, venia danda, si comperto errore præstare ea parati sint; neque enim facti ignorantia probabilis, quæ & prudentissimos fallere potest, cuiquam nocet: *l.* 2. 6. 8. 9. *ff. de juris & fact. ignorant.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 16.

30 De eo dubitatum fuit, si laudimium pro rata pretii solvendum sit, emphyteuta vero, cum annuum reditum emphyteusi imposuisset, emphyteusin cum illo annui reditus onere divendat, an pretio promisso accenseri debeat sors annui reditus, qui manet impositus, ut ita laudimium majus præstetur? affirmandum id merito censuit Argentræus *ad consuetud. Britann. art.* 61. *not.* 1. *n.* 6. 7. Antonius Matthæus *d. tract. de auctionibus lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 12. 13. cum eo ipso, quo emptor tale onus suscepit, etiam majus pretium videatur solvisse. Cui accedit, quod supra dictum fuit, emphyteutam posse onus rei imponere, ut sibi, non ut domino directo noceat; cui tamen nociturus esset, si ob impositum reditum annuum minoris distracta emphyteusi, non quinquagesimam veri pretii, sed minimæ sæpe partis (dum annuus reditus gravis est) toties penderet emptor, quoties identidem cum illo onere emphyteusis distrahitur. Ex quo etiam conficitur, iniquum non esse, quod ejusdem reditus nomine sic sæpius domino directo laudimium solveretur; neque enim reditus consideratur tunc qua talis, sed magis sors ejus, tanquam justi pretii pars. Ut ergo absurdum non est, pro repetita sæpius alienatione quinquagesimam sæpius solvi pretii partem; ita non injustum, pendi quoque pro ratione reditus impositi laudimium, quia sina adjecta reditus annui impositi sorte justum & proportionatum emphyteusi distractæ pretium non posset videri constitutum. Parumque adeo intererit, utrum pro reditus ipsius prima impositiona laudimium domino pro more regionis exsolutum fuerit, nec ne: uti pro irredimibili reditu, illud deberi, non item pro redimibili, Ant. Matthæus *d. loco* observat ex Argentræo *ad consuetud. Britann. art.* 16. *not.* 1. *n.* 6.

31 Quia vero pro alienationum numero laudemia totidem quoque solvi necesse est; casus nonnulli non satis expediti sunt. Quid enim, si cum pacto de retrovendendo prædium emphyteuticarium distractum fuerit, ac redemptio deinceps vi pacti sequatur? Laudemium quidem pro prima deberi venditione, minus dubium esse potest, eo quod inficias iri nequit, quin talis venditio perfecta & pura sit, & accedente traditione dominium a venditore recedens in emptorem transferatur, adeoque vera sit alienatio, quæ laudemii obligationem inducit, seu ejus præstandi causa est: Ant. Thessaurus *decis. Pedemont.* 75. Tyraquellus *de retractu convention.* §. 6. *n.* 19. 22. Dan. Mollerus *semestr. lib.* 4. *cap.* 5. n. 1. Zoesius *ad Pand. tit. locati* n. 99. *in fine*. Sed pro redemptione postmodum interveniente non esse rursus alterum laudimium exsolvendum, pluribus arrisit; quia tunc res emphyteutica magis reddita, quam novitar acquisita videtur, ac retrovenditio facta ex necessitate, & in executionem pacti primæ venditioni adjecti; cui cum dominus semel assensum præbuerit, de novo consensu ejus opus non est. Tyraquellus *d. loco*. Pinellus *ad l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 2. *c.* 5. *n.* 56. Morellus *d. loco num.* 2. 5. Quorum tamen opinioni vix est, ut acquiescas: etsi enim demus, rem magis redditam quam de novo acquisitam esse, in executionem pacti adjecti, ac in illud dominum jam tum primæ venditionis tempore consensisse, vicissim tamen & nobis dandum puto, redditionam illam ex nova profluxisse causa, nova scilicet venditione, quæ, licet ex præcedente pacto fiat, a prima tamen venditione etiam ante redemptionem perfecta, & dominii translationem operata, diversa prorsus est; nec quemquam negaturum existimem, quin nova alienatio ac duplicata dominii translatio appareat; altera, qua res a venditore primo in emptorem transiit, altera, qua primus emptor mutata quasi scena venditoris partes obtinet; & in redimentem jus illud transfert, quod ipse prius sibi plenissime paraverat. Alioquin enim, si nudam dicares fieri venditionis prioris resolutionem, & omnia sic consideranda esse, ac si res ab initio mansisset inempta; futurum esset, ut ne semel quidem laudemia deberentur, quasi deficiente in universum alienatione. Cum ergo re ipsa duplex alienatio sit, ac cujusque intuitu dominus directus agnoscendus veniat, non potest non ad duplicis quoque agnitionis signum, id est duplex laudemium, jus domino directo videri quæsitum. Quibus accedit, quod in id omnes consentiunt, venditorem primum citra speciale pactum de retrovendendo redimentem, teneri rursus laudemium exsolvere. Pinellus *d. loco n.* 56. quo posito, non animadverto, cur pactum tale primæ venditioni additum, conditionem domini deteriorem redderet, aut jus duplicis perceptionis diminutum; cum pacto tali nulla duplici alienationi mutatio accedat, adeoque nec duplicis laudimii causa tollatur; sed id unum agatur, ut alienatio secunda certior expeditiorque sit, & ad eam faciendam emptor invitus cogi possit, qui, pacto omisso, voluntate arbitrioque suo fuisset distracturus. Nec consensus domini in pactum illud de retrovendendo primæ venditioni adjectum impedimento est duplici laudimiorum solutioni: nam quamvis uno actu consensus in venditionem redemptionemque interponatur, quia tamen in duas alienationes diversis temporibus faciendas conceptus est, tot separatæ considerari debent domini directi comprobationes, quot alienationes distinctæ sunt, ad quas consensus relationem habet; eo modo, quo tot stipulationes separatæ intelliguntur, quot sunt in stipulatum deductæ res, etiamsi una fuerint verborum conceptione comprehensæ: §. *quotiens* 18. *Instit. de inutil. stipulat.* Et si a feudis hic argumentari libuerit, cui, obsecro, isthoc in jura versato ignotum est, posse dominum directum actu uno assentire vasallo non institutionem tantum, sed & substitutionem fideicommissariam facienti: neque tamen dubium, quin laudimia aliaque similia tributa toties exsolvenda veniant, quoties feudi possessor mutatur; utcunque uno consensus instrumento institutiones pariter substitutionesque, quorum necdum extiterat dies aut conditio, firmatas constet. Hanc de laudemio duplici ob redemptionem præstando sententiam defenderunt olim Baldus aliique, ut videre est apud Tyraquellum *de retract. convention.* §. 6.

§. 6. *gloss.* 2. *n.* 7. *& seqq.* Sim. van Leeuwen *censura forens. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *n.* 14.

52 Quid in retractu gentilitio, in redhibitione ob morbum vitiumve, in addictione in diem legeque commissoria juris sit circa laudemiorum simplicem aut duplicatam præstationem, vel restitutionem, ad *tit. de lege commissoria*, & *de ædilit. edicto* dicetur.

53 Quod si emptori emphyteusios post solutum laudemium controversia de emphyteusi per tertium moveatur, ac ab ea deinde discedatur transigendo, laudimia domino directo præstanda iterato non sunt. Sive enim emptor pecuniam adversario dederit, ut is a lite desistat, atque ita penes emptorem res emphyteutica remanserit, nulla videri potest alienatio facta; sed tantum confirmata penitus ei, in quem ex præcedente causa habili cum dominii directi agnitione, per laudemii solutionem facta, jus emphyteusios translatum fuerat. Tyraquellus *de retract. gentilit. glos.* 14. *n.* 63. Chassanæus *ad consuet. Burgund. rubric.* 11. *des censes* §. 1. in verbo, *retenue, fere in fine*: vers. *adverte*. Ant. Matthæus *de auctionibus lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 15. Sive ex adverso actori cesserit emptor, &, accepto aliquo transactionis causa, possessionem in eum transtulerit, ea ratione dominii utilis seu juris emphyteuticarii alienationem contigisse, dici nequit; ne alloquin paratam concordiæ litibusque sopiendis viam præcludamus, duram adeo atque severam veris emphyteutis legem imponendo, ut vel ex pervicaci possessoris injusti contumacia graviores litis molestias sumptusque ad definitivam usque sententiam subire necesse habeant; vel modico ad vexam redimendam & possessionem ab iniquo possessore recuperandam soluto, quasi novi emptores obnoxii efficiantur laudemiorum præstationi. Quæ etsi Anton. Matthæus *d. loco* tum demum admittat, cum perspicua & plana prorsus est causa ejus, qui transactione interveniente possessionem recuperat, ad eumque casum restringat generaliora Chopini & Argentræi ibidem allegati asserta; idem tamen & in casu, quo dubium penitus incertumque actoris ac rei transigentis jus est, statuendum puto. Cum enim laudimium pro alienatione debeatur, quo, obsecro, colore alienatum dici potest, quamdiu non constat, utri ante transactionem vere competierit emphyteusios jus. Nec juvat dissidentium sententiam, quod alienationis appellatione transactio quoque comprehensa invenitur in *l. non solum* 4. *C. de prædiis & aliis reb. minor.* Etenim id ita, si de prædiis minoris quæstio sit, quæ ne temere aut fraudulenter a tutoribus in pupillorum necem in alios transirent, non ad venditiones tantum aliasque alienationes proprie dictas decretum magistratus ex oratione Imp. Severi accedere debuit, sed & ad ea, quæ non nisi improprie & latiori sensu alienationis veniebant appellatione, inter quæ procul dubio est & de lite dubia transactio. Qua ratione etiam servitutum prædialium concessio aut remissio inter alienationes in præjudicium minorum non sine decreto permissas numeratur: *l. sed si pecunia* 3. §. *nec usufructus* 5. *ff. de reb. eor. qui sub tu. vel cura sunt, sine decreto non alienand.* neque tamen ideo pro prædialis servitutis impositione vel remissione laudemii petendi jus domino directo natum esse, manifestum est. Argentræus *tract. de laudemiis* §. 50. Si tamen manifesta collusione id agant litigantes, ut dominum suo laudemiorum jure defraudent, tanta quantitate transactionis nomine data, quanta emphyteusios litigiosæ pretium posset conficere, nulli dubium erit, quin laudemia solvenda sint, dum plus valere debet quod agitur, quam quod in necem alterius simulate concipitur: *tit. C. plus valere quod agitur &c.* Idemque erit, si dominus directus, in tali collusionis probatione deficiens, docere possit, eum, qui per transactionem cessit adversario emphyteutici prædii possessionem, vere emphyteutam esse: quippe quo probato, probata pariter est juris emphyteutici in alium translatio; ad quam laudimiorum præstationes subsequi necesse est.

54 Illud constat, duplicati laudimii obligationem non nasci, si quis alieno nomine emphyteusin emat, cum una tantum alienatio sit, ac una emptio, ex qua ei, pro quo procurator emit, utilis empti actio comparata est: *l. Julianus* 13. §. *si procurator* 25. *ff. de action. empti*: sive ipse emptionis tempore nomen domini, cujus mandato emit, expresserit, sive incerto emens nomine secundum mores quorundam intra breve tempus ab emptione celebrata computandum (forte triduum apud nos, exemplo eorum, quæ de parte pretii quadragesima ex rerum immobilium venditione fisco pendenda placitis ordinum cauta sunt *placit. de nummo* 40. 16. *Aprilis* 1671. *art.* 29. *vol.* 3. *pag.* 1011.) significaverit eum, cujus nomine empta est. Nec distinguendum puto, utrum procurator mandatum exhibeat emptione antiquius, an recentius; ut, si antiquius sit emptione mandatum, non nisi unum debeatur laudativum; sin posterius, duplex, uti vult Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 13. *n.* 14. post Argentræum *ad consuet. Britann. art.* 71. *not.* 1. *n.* 3. sed nimis anxie, ut opinor, ac scrupulose: si consideres, mandatum solo consensu interponi, sic ut tempus mandati vere interpositi non possit sæpe aliis quam soli mandanti ac mandatario notum esse; & publicam mandanti scripturam in hoc casu ne mores quidem nostros exigere; unde facile cuivis foret, in privata scriptura prælato die mandatum fingere emptione antiquius. Et, si maxime doceretur mandatum emptione recentius esse, non tamen ideo duplicem esse emptionem recte dixeris; cùm is, qui se alieno aut incerto nomine emere ab initio professus est, se utique noluerit ut emptorem obligare: arg. *l. multum interest* 6. *C. si quis alteri vel sibi sub alterius nom.* Aliter, si statim in ipso emptionis contractu se suo nomine comparere profiteatur, ac brevi post alium suo loco substitui desideret; tunc enim, sive mandatum emendi emptione recentius sive antiquius sit, duplex re ipsa emptio esset; cum nihil vetet, procuratorem mandato emendi pro alio instructum, neglecto mandeto, sibi ipsi acquirere, sic ut mandanti ad id quod interest tunc obnoxius futurus sit: arg. *l.* 1. §. *per procuratorem* 20. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* duplici autem venditione posita, duplicatum laudemium præstari convenit: frustra dissentiente, circa hanc speciem Argentræo *ad consuet. Britann. d. art.* 71. *not.* 1. *n.* 3.

35 Cessat in universum præstatio laudamiorum, nec consensu domini aut denunciatione opus est, si judicio familiæ erciscundæ vel communi dividundo prædium emphyteuticarium uni ex pluribus hæredibus consortibusve cedat, relliquis partium suarum pretia pro rata recipientibus. Etsi enim adjudicatio talis emptionem partium includat; tamen, quia hujusmodi alienatio sive adjudicatio necessaria prorsus est, dum ab emphyteusios communione, æque ac cæterarum rerum, recedi quidam suadet discordiarum & negligentiæ periculum, sed abstinendum fuit ab agri vectigalis per regiones divisione, ne canonis præstatio in partes dividatur: *l. communi dividundo* 7. *pr. ff. communi dividund.* ideoque hactenus hæc judicia divisoria in emphyteutico agro locum sibi vendicant, ut adjudicatio uni fiat: *l. item prædia* 10. junct. *l.* 11. *&* 12. *ff. famil. erciscundæ:* consequens est, ut ob eam, ex necessitate factam, laudemia non præstet is, cui in solidum emphyteusis cessit. Costalius *ad d. l.* 10. *ff. famil. erciscund.* Besoldus *delibatis juris ad Pand. h. t. n.* 8. *post med.* Argentræus *tract. de Laudemiis cap.* 55. Bronchorst *enant. cent.* 1. *assert.* 85. Si tamen divisione (casu quo illam mores permittunt) vel adjudicatione facta, unus cohæredum deinceps suam partem aut rem adjudicatam in alios iterum transferret cohæredes, non dubium, quin laudimiorum obligatio nascatur, cum ita simplex tantum alienatio, extra omnis divisionis considerationem contingat, nec referat, an in cohæredem an in extraneum transeat emphyteutæ jus; ut recte observatum ab eodem Argentræo *d. cap.* 55.

36 Adhæc extinguitur emphyteusis mora in solvendo canone commissa, triennii quidem in seculari, biennii vero in ecclesiastica: *l.* 2. *C. de jure emphyteut. novell.* 7. *cap. emphyteusin* 3. *§. scire* 2. sive privati in emphyteusin acceperint, sive ecclesia, cum lex non distinguat: Radelantius *curiæ Ultraject. decis.* 38. Zoesius *ad Pand. tit. locati n.* 77. & licet jure canonico mora, si non nimia sit & cum contumacia ac contemptu conjuncta, purgari possit: *cap. ult. extra, de locato:* moræ tamen purgationem Romani juris principia non admittunt: arg. *tit. ff. de lege commissoria l. Celsus* 23. *ff. de receptis qui arbitr. receper. l. trajectitiæ* 23. *ff. de obligat. & act. l. qui ob rem* 35. *ff. de condict. indeb.* Fachineus *controvers. lib.* 1. *cap.* 98. Vinnius *quæst. select. libr.* 2. *cap.* 5. *fere in pr.* eo excepto, quod minor, si cessaverit in canonis solutione, restitutionem ex capite minorennitatis haud difficulter impetraturus sit, cum hic non de conventionali sed legitima præscriptione agatur; posito, quod ex lege municipali minoribus præscriptio currere potuit; quam jure novissimo non cucurrisse minoribus, magis quippe ipso jure tutis, dictum *tit. de minor.* 25. *annis*. Quin imo, moribus hodiernis rarior est hæc ob canonem non solutum commissi pœna, frequentiusque vel alia pœna pacto expressa, vel duplicati canonis solutio annorum neglectorum intuitu moratori imponitur; qua in re regionis cujusque usus explorandi observandique. Vid. Groenewegen *ad l.* 2. *C. de jure emphyteut.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 20. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 16. *n.* 26. 27. Quicquid sit, quibus in locis pœnam caducitatis adhuc obtinere, probatum est, facile tamen ipsis quoque majorennibus venia datur, festinatam intra breve tempus solutionem offerentibus, convenienter juri canonico *cap. ult. extra, de locat.* vel saltem adversus negligentiam restitutio conceditur, quoties nulla apparet in dominum directum contumacia vel contemptus; maxime, si probabilis quædam concurrat ignorantia: alioquin contemptu apparente, dum forte emphyteuta etiam interpellatus canonem solvere distulit aut detrectavit, caducitatis pœnam in ipsa quoque Hollandia alibique locum habere, judicatum est: *Sententien van den Hogen en Provincialen Rade* 37. 54. 57. Jac. Coren *observat.* 22. Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 40. *n.* 27. *& seqq.* Jul. Clarus *§. emphyteusis quæst.* 8. *n.* 9. Radelant. *Cur. Ultr. decis.* 38. Bugnion *de legib. abrog. lib.* 1. *satyr.* 224. *ibique* Christinæus *in notis.* Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 43. *defin.* 27. *in fine*. Berlichius *conclus. pract. parte* 2. *concl.* 46. *n.* 16. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observat.* 48. *num.* 4. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 38. *defin.* 11. Leeuwen *censur. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 16. *n.* 11. 12. Wassenaar *pract. judic. cap.* 2. *n.* 14. *& seqq.* Responsa JCtor. Holland. *part.* 2. *consil.* 5. nisi speciali pacto constitutioni emphyteusios apposito id actum sit, ut canone intra certum tempus non soluto, emphyteuta cadat jure suo; tunc enim, quia pœna non tam legitima, quam potius conventionalis est, non inquirendum, intersit, nec ne; sed id unum, quid circa pœnam conventam sit: *l. stipulatio ista* 38. *§. alteri* 17. *ff. de verb. oblig.* Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 43. *defin.* 27.

37 Si pars tantum canonis soluta sit, non pars emphyteutici prædii, sed tota emphyteusis in commissum cadit; sive unus tantum emphyteuta sit, sive plures unius emphyteutæ hæredes: nam uno quidem ad integri canonis solutionem obstricto, uti nemo alius, ita nec dominus directus particularem tenetur solutionem admittere: arg. *l. tutor.* 41. *§. Lucius* 1. *ff. de usuris:* pluribus vero hæredibus uni emphyteutæ succedentibus, licet vulgo obtineat, singulos non ultra suam partem hæreditariam ad solvendum obstrictos esse, actionibus scilicet hæreditariis ipso jure inter cohæredes pro rata divisis: *l. pro hæreditariis* 2. *C. de hæreditar. act.* arg. *l.* 2. *in fine: l.* 3. *&* 4. *ff. famil. ercisc.* fallit tamen illud in obligationibus natura sua individuis; quippe in quibus ne hæredes quidem pro parte solvendo liberari possunt, nec conditio obligationis ex persona hæredum immutari: *l. stipulationum* 2. *§.* 1. *&* 2. *ff. de verbor. obligat.* ac proinde, ut unus ex pluribus hæredibus dando fundi partem non liberatur a pœna, cum fundum se daturum sub pœna defunctus promisisset: *l. in executione* 85. *§. item si* 6. *ff. de verbor. obligat.* aut præstando partem debiti non potest recuperare partem pignoris; aut denique solvendo partem pretii per defunctum debiti, venditorem adigere, ut emptæ rei partem tradat, quia res vendita pro pretio quasi pignoris jure retineri potest; pignoris autem causa, atque ita contractum ex emptione quoque æs alienum, individua est: *d. l.* 85.

85. §. 6. *l. fistulas*: 78. §. 1. *ff. de contrah. empt.* junct. *l. Julianus* 13. §. *offerri* 8. *ff. de action. empti.* d. *l.* 2. *C. de hæreditar. action.* *l.* 1. 2. *C. de luit. pignor.* ita quoque hæredum unus suam solvendo ex canone partem, impedire nequit, quo minus cum reliquorum cessantium partibus pars quoque solventis in commissum cadat; cum constet, individuam esse vectigalis præstationem: *l. communi dividundo* 7. *pr. ff. communi dividundo*. Nec est quod quis excipiat, dividuam esse inter plures cohæredes pecuniæ præstationem, in qua annuus canon consistit: *l. stipulationem* 2. §. *& harum* 1. *l. in executione* 85. §. *prima species* 1. *ff. de verbor. obligat.* Nam & pretii solutio & æris alieni præstatio dividua est: sed uti ipsa nihilominus pignoris causa individua est, ita quoque domini directi agnitio, quæ canonis solvendi finis ac scopus est, divisionem non æque admittit: *d. l.* 7. *ff. communi dividund.* Minus obstat *l. fraudati* 8. §. 1. *ff. de publican. & vectigal.* cum diversus plane istac in lege casus sit, ac agatur de re communi per unum ex cohæredibus surrepte, fraudandi vectigalis causa; ubi non mirum, solam surripientis partem in commissum cadere, si consideres, nuspiam in jure nostro cautum inveniri, ut unus ex pluribus ejusdem mercis importandæ vel exportandæ dominis integrum teneatur vectigal exsolvere, aut individua sit vectigalis præstatio; uti ex adverso canonis solutionem individuam esse, supra probatum est. Nec refragatur denique, quod pars tantum in commissum cadet, si pars sine denunciatione, domino facienda, alienata sit. Etenim parte alienata solius partis amissio contingit, quia palam est, quæ pars alienata sit, ac per consequens, in qua fuerit parte peccatum; at sola parte canonis exsoluta, non apparet, cujus partis intuitu canonis solutio neglecta sit. Pro hac opinione stat Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr.* 2. *cap.* 40. *n.* 29. Zoesius *ad Pand. tit. locati n.* 78. Tyraquellus *de retractu convention.* §. 4. *gloss.* 6. *n.* 26. Perezius *ad tit. C. de jure emphyteut. n. sed quid si* 19. Berlichius *parte* 2. *conclus. pract.* 46. *n.* 21. *&* 28. *& seqq.* Ant. Matthæus *de oblig. disput.* 22. *n.* 6. dissent. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 38. *defin.* 4. 5. Fachineus *controvers. lib.* 1. *cap.* 97. Jul. Clarus §. *emphyteusis quæst.* 8. *n.* 4. Mantica *de tacitis & ambig. convent. lib.* 22. *tit.* 27. *n.* 16. *& seqq.*

58 Quod si emphyteuta partem prædii emphyteuticarii distraxerit, & onera diviserit pro rata parte, ne tum quidem ullum domino præjudicium fit, quominus totus canon, non pars, ei invito obtrudatur; aut quominus ille ab uno eorum, qui partem tenet, solidi canonis faciat exactionem: cum verum utique sit, dividi non debere invito domino vectigalis præstationem: *d. l.* 7. *ff. communi dividund.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 40. *n.* 11. *&* 29. Neostadius *supr. Curiæ decis.* 39. Leeuwen *censur. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 16. *n.* 14. Eoque facit, quod & tunc, cum annuus reditus fundo impositus est, divisio aut alienatio partis istius fundi non impedit, quo minus is, cui reditus debetur, unum ex possessoribus in solidum conveniat pro reditus exsolutione. Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 4. Neque hic aliud in emphyteusi fiscali, quam ea, quæ a privatis concessa fuit, statuendum puto; etsi ab Ant. Matthæo *de auctionibus lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 22. post alios traditum videam, in emphyteuta fiscali singulare esse, quod alienando emphyteusios partem possit domino directo imponere necessitatem dividendi, ac per partes pro rata accipiendi canonis solutionem. Laborat enim sententia illa fundamento erroneo, quod scilicet sine denunciatione seu consensu domini talis emphyteuta rem alienare possit; quæ basis in superioribus subducta, ac contrarium demonstratum fuit.

59 Usque adeo autem necessaria est in emphyteusi canonis solutio intra tempora lege vel conventione definita, ut interpellatione quidem per dominum directum facienda opus sit, eo quod dies satis interpellet pro homine: *l.* 2. *C. de jure emphyteut. cap. ult. in fine extra, de locato*: arg. *l. magnam* 12. *C. de contrah. & committ. stipulat.* Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 43. *defin.* 15. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 16. *n. penult.* Quod si emphyteuta debito modo realem fecerit intra illud tempus canonis oblationem, sufficere ea videtur ad evitandam caducitatis aut aliam pœnam, etsi consignatio ac depositio pecuniæ subsecuta non sit: arg. *l. Celsus* 23. §. *ult.* junct. *l.* 24. *ff. de receptis*. Et sane, si sola oblatio moram jam ante commissam purget: *l. si servum* 91. §. *sequitur* 3. *ff. de verbor. obligat. l. qui decem* 72. *ff. de solution. l. interdum* 73. §. *ult. ff. de verbor. obligat.* quid ni longe magis impediat, ne ab initio videatur debitor in more esse. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 43. *defin.* 22. Jul. Clarus §. *emphyteusis quæst.* 8. *n.* 10. Nec his obloquitur Imp. *in l.* 2. *C. de jure emphyt.* Quamvis enim dicat, emphyteutam pecunias offerentem, iisdem non acceptatis, ac ob id consignatis & secundum legem depositis, minime dejectionis timere periculum; non tamen ad exclusionem nudæ oblationis, sed quia per depositionem indubitata securitas emphyteutæ parata erat. De cætero solam quoque oblationem sufficere, lex illa non negat, & generalia aliarum legum fundamenta evincunt: sic ut ob id frustra dissentiat Corasius *ad l.* 2. *C. de emphyt. n. ult.* Nuda tamen non potest sufficere compensatio, quæ ipso jure contingit, dum emphyteutæ ad canonem obligato vicissim dominus directus pecuniam ex alia liquida causa debet; eo quod agnitio directi domini, & conservatio memoriæ domini directi præcipua canonis solvendi ratio est; eamque ipso jure citra factum emphyteutæ intervenisse dici nequit; adeoque, cum obligatio emphyteutæ non tantum ad debiti pecuniarii præstationem, sed & ad facti implementum pertineat, dominii scilicet agnitionem, consequens est, idoneos deesse terminos compensationis, sola quantitatum seu rerum fungibilium, non item factorum, debita perimentis. Plane si emphyteuta compensationem domino obtulerit solutionis loco, oblatione tali satis dominum directum videtur agnovisse. Zoesius *ad Pand. tit. locati n.* 80. 81. Simili ratione, etsi regulariter non ipse tantum debitor, sed & alius quilibet pro eo vel juben-

bente, vel ignorante, vel invito, solvere possit, ut liberatio contingat: *pr. Instit. quib. mod. tollitur obligat. l. solvere* 53. *ff. de solution.* non aliter tamen hic emphyteuta a caducitatis pœna liber erit, quam si vel ipse solverit, vel alius ex mandato ejus. Cum enim dominii directi agnitio voluntatis & animi sit; non recte dixeris, agnitum esse ullo modo dominum directum ab emphyteuta, pro quo ignorante aut repugnante canon ab alio solutus est. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 11. *n.* 15. Quin imo quamvis in diem debita ante diem creditori etiam invito exsolvi queant, dum dies plerumque in gratiam debitoris adjici consuevit, qui proinde juri pro se introducto recte renunciat: *l. quod certa die* 70. *ff. de solution. l. cum tempus* 17. *ff. de reg. juris: l. continuus* 137. §. *cum ita* 2. *ff. de verb. obligat.* vix tamen est, ut emphyteutæ permittatur annorum plurium futurorum canonem in antecessum domino directo invito obtrudere: quippe cujus interest, singulis magis annis, aut saltem intra unumquodque triennium, canonis solutionem fieri; ne interrupta longiore tempore præstatio induceret forte dominii directi & emphyteusios oblivionem, & emphyteuta aut saltem successores ejus rem teneant ut pleno jure ad se pertinentem: sic ut dies hic potius in creditoris quam debitoris gratiam censeatur appositus. Jul. Clarus §. *emphyteusis quæst.* 12. *n.* 2. Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 18. *n.* 12.

40 Cæterum mora in solvendo canone per abbatem commissa, aut per œconomum, monasterio vel ecclesiæ nocet, cui emphyteusis concessa fuerat; sic ut tantum adversus œconomum ecclesia regressum habeat. Molinæus *ad consuet. Paris. tit.* 1. *des fiefs* §. 43. *gloss.* 1. in verb. *qui denie le fief.* n. 65. 73. Radelantius *Curiæ Ultraject. decis.* 38. Responsa JCtor. Holl. *part.* 4. *consil.* 172. vers. *wat belangt.* Nec minus mariti mora in canone solvendo ex prædio uxoris emphyteuticario, uxori damnosa est, non in Hollandia tantum, ubi amplissima mariti in res uxorias potestas est, sed & Ultrajecti, si forte maritus improlis, qui immobilia uxoris illic alienare sine uxoris consensu non potest, hanc moram commiserit, cum hæc alienatio non veniat nisi ex consequentia actus, & mala administratione mariti: sic ut nec restitutione uxor adversus hanc læsionem videatur juvanda. Rodenburch *de jure conjug. parte priore tit.* 2. *cap.* 3. *n.* 13. *pag.* 227. post Louet *en ses arrêts lit. F. arrest.* 15. ibiq. Brodeau.

41 Posita autem caducitate emphyteusios ob moram triennii, dubitatum, an emphyteuta fructus anni quarti, ante declaratam domini directi voluntatem de emphyteusi avocanda perceptos, restituere teneatur? Non teneri, suadet invicta juris ratio: fructus enim rei cujusque domino acquiri, præsertim, si & rei suæ possessionem habeat, certum est: *l. qui scit* 25. *de usuris:* arg. *l. bonæ fidei* 48. *ff. de acquir. rer. domin.* §. *item ea* 19. *Instit. de rer. divis.* retinet autem emphyteuta dominium tamdiu, donec dominus directus voluntatem declaraverit de utendo jure commissi adversus ipsum in mora solvendi hærentem: *l.* 2. *C. de jure emphyteutico.* Neque in contrarium faciunt desumpta a rerum possessoribus ac fructuariis argumenta, qui finito usufructu, vel mala fide superveniente, mox desinunt suos facere fructus rerum fructuariarum aut ab initio bona fide possessarum: *l. qui bona fide* 23. §. *tamdiu* 1. *l. bonæ fidei* 48. §. *in contrarium* 1. *ff. de acquir. rer. domin. l. si fundum* 17. *C. de rei vindicat. l. si pater* 5. *C. de usufructu & habit.* cum diversa plane fructuarii vel malæ fidei possessoris, quam veri domini, circa fructuum acquisitionem ratio sit; quia emphyteuta dominio non excidit ante factam a domino voluntatis declarationem: *d. l.* 2. *C. de emphyt.* Fachineus *controvers. libr.* 1. *cap.* 94. Molinæus *ad consuet. Paris. tit.* 1. *des fiefs* §. 43. *gloss.* 1. in verb. *qui denie le fief. n.* 34. 35. 49. Perezius *ad tit. C. de jur. emphyteut. n. accedit quod* 15. Berlichius *conclus. pract. part.* 2. *conclus.* 46. *n.* 48. *& seqq.* Mynsingerus *cent.* 6. *observ.* 85. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 38. *defin.* 12.

42 Cessat caducitatis, seu commissi, pœna, si dominus directus eam remiserit. Remissio vel expresse fit, quod expeditum; vel tacite, veluti si dominus post lapsum triennii sciens receperit vel exegerit canonem anni quarti, cum ita non possit non videri continuasse emphyteutæ jus emphyteuticum, dum canon sine emphyteusi esse nequit, nec vicissim caducitatis declaratio consistere simul cum canonis exactione: arg. *l. Celsus ait* 23. *pr. ff. de receptis qui arbitr. recep. l. post diem* 7. *ff. de lege commissoria.* Eoque facit, quod res in commissum cadit eam præcipue ob causam, quod dominus, qui canonis solutione agnosci debuerat, ex mora tali spretus ac injuria affectus est; injuria autem dissimulatione aboletur: §. *ult. Instit. de injuriis: l. non solum* 11. §. *injuriarum* 1. *ff. de injuriis.* Jul. Clarus §. *emphyteusis quæst.* 10. *n.* 1. Fachineus *controver. lib.* 1. *cap.* 99. Besoldus *delibat. juris ad Pand. h. t. quæst.* 10. *in med.* Ant. Faber *Cod. libr.* 4. *tit.* 43. *defin.* 16. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 38. *defin.* 6. *&* 7. Menochius *de præsumption. lib.* 3. *præs.* 112. *n.* 19. 20. 21. Neque his contrarium est, quod supra traditum, non videri repetitam emphyteusin, si dominus directus finito tempore, ad quod ea concessa fuerat, anni sequentis canonem receperit. Etenim peribat eo casu emphyteusis ex conventione, ac apparebat ex prima concessione voluntas domini, finem emphyteusi post tempus adjectum imponentis. At hic per modum pœnæ emphyteusis extinguitur, qualis pœna, tanquam odiosa, facile remissa præsumitur; ac præterea necdum erat hic manifesta voluntas domini de emphyteusi finienda; sed adhuc declaranda erat: atque adeo illic jam finita erat per lapsum temporis; ideoque difficilius redintegranda: hic demum per declarationem domini finienda erat, ac propterea facilius continuatio ejus videbatur admittenda. Adde Fachineum *d. libr.* 1. *controversiar. cap.* 84. *in fine.*

43 Quod si nil præter triennii ipsius præteriti canonem anno quarto dominus directus acceperit, si quidem nulla caducitatis mentione habita, aut reservato per protestationem commissi jure, magis est;

et & tunc remissa censeri debeat commissi pœna, & emphyteusis ob non declaratam in contrarium domini directi voluntatem continuata. Sed si prius caducitatem sibi placere declaraverit, tum deinde triennii præterlapsi canonem exigat, emphyteusin semel vi declaratæ voluntatis ademptam, renovasse eo modo credendus non est; præsertim, cum nulla pugna intercedat inter jus commissi in futurum, & exactionem canonis ratione temporis illius, quo emphyteusis duravit, fructusque jure utilis dominii per emphyteutam percepti sunt: *novell.* 120. *cap. si vero quis* 8. Aug. Barbosa *Collect. Cod. ad l.* 2. *de jure emphyteut. n.* 22. Menochius *de præsumpt. libr.* 3. *præs.* 112. *n.* 18. Jul. Clarus §. *emphyteusis quæst.* 10. *n.* 2. Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. libr.* 2. *cap.* 40. n. 31. Vinnius *select. quæst. libr.* 2. *cap.* 3. Christynæus ad Bugnion *de legib. abrog. lib.* 1. *satyr.* 224. Nec est, ut cum Fachineo *libr.* 1. *contr. cap.* 99. *in med.* quis existimet, in emphyteusi seculari exactionem aut acceptationem canonis triennii præteriti omni in casu ac sine distinctione involvere caducitatis remissionem, neque simul commissi pœnam & triennalis canonis exactionem posse consistere; cum contrarium evidenter patescat ex *d. nov.* 120. *cap.* 8. & frustra excipiatur, illic de sola agi emphyteusi ecclesiastica, in eaque id singulare esse, quia jus quæsitum ex caducitate prælatus remittere non debet in præjudicium ipsius ecclesiæ, ut ait Fachineus *d. loco*. Etsi enim emphyteusis ecclesiasticæ mentio fiat in *d. nov.* non tamen ad exclusionem ejus, quæ secularis est. Ecclesiasticæ mentio est, quia Justiniani tempore frequentata magis erat; de cætero eadem in seculari ratio est; ac proinde idem quoque jus. Quod enim obtenditur singularis ratio emphyteuseos ecclesiasticæ, quia prælatus non potest remittere caducitatis jus in ecclesiæ præjudicium, gratis assumitur, ac liquido falsum est, cum magis ex voluntate præpositorum id dependere dicat *novell.* 7. *cap.* 3. §. 2. *vers. & volentibus præpositis sacrarum domuum licebit prædia aut domos &c.* & manifestius in *nov.* 120. *cap.* 8. ubi licentia datur venerabili domui ejicere de emphyteusi; si vero noluerint expellere emphyteutam, emphyteuta rem ad tempus definitum retinere dicitur, &, quæ placita sunt, dare.

44 Tacite insuper remissa censeri debet caducitatis pœna, si pœna pecuniaria, aut alia, in conventionem deducta sit tempore constitutæ emphyteuseos, in casum canonis suo tempore non soluti. Tollit enim provisio hominis provisionem legis, quoties provisio legis tantum facta est in subsidium, seu defectum provisionis hominis: arg. *l. ult. C. de pactis conventis*. Vide Aug. Barbosam *axiomat. juris usufrequent.* 195. verbo, *provisio*. Pœnam autem caducitatis demum tunc locum habere, cum alia conventio interposita non est, apparet ex *l.* 2. *C. de jure emphyteut.* ubi, cum in principio sancitum fuisset, pactiones in emphyteuticis instrumentis conscriptas, etiam in casum solitarum pensionum non præstitarum, debere servari, subjungitur; *sin autem nihil super hoc capitulo fuerit pactum, sed per totum triennium neque pecunias solverit, neque apochas domino tributorum reddiderit, volenti ei licere eum a prædiis emphyteuticariis repellere*. Eodem modo, quo & pœna amissionis, ob venditionem emphyteuseos sine denunciatione factam, tum demum obtinet, cum nulla pactio de alienatione concepta est, juxta *l.* 3. *de tit. C. de jure emphyt.* Neque adversatur hisce, quod stipulationes pœnales non adjiciuntur, ut obligatio fiat infirmior, sed ut firmetur; quodque per subjunctam pœnæ stipulationem nulla prioris obligationis novatio inducitur: *l. prædia* 28. *ff. de act. empti: l. apud Celsum* 4. §. *Labeo ait* 7. *ff. de doli mali & met. except. l. pacto convento* 15. & 16. *ff. de transaction. l. rescriptum* 10. §. 1. *ff. de pactis*. Quo moti plurimi contrariam sententiam amplexi sunt, inter quos Jul. Clarus §. *emphyteusis quæst.* 8. *n.* 12. Zoesius *ad Pand. tit. locati n.* 83. Peresius *ad tit. C. de jure emphyteut. in quare improbanda* 25. Ant. Matthæus *de obligat. disput.* 22. *n.* 14. Etenim etsi per pœnæ stipulationem non fiat novatio obligationis principalis, sed ex ea nihilominus supersit agendi potestas, tamen id non impedit, quo minus per posteriorem pœnæ stipulationem tollatur obligatio ad pœnam priorem, quæ vel ex lege vel ex conventione fuerat constituta principalis negotii firmandi causa. Ne dicam, nullam hoc casu novationem esse, quippe quæ aliud debitum antecedens requirit: *l.* 1. *pr.* & §. 1. *ff. de novation.* at vero obligatio ad pœnam caducitatis ne nata quidem unquam fuit, sed demum fuisset nascitura, si nulla pactione pœnali in canonis non soluti eventum fuisset provisum. Ut proinde non tam nova subintret pœnæ obligatio in locum prioris, ex lege debitæ, quam potius per pœnæ conventionalis constitutionem impediatur nativitas obligationis ad pœnam legalem.

45 Quia vero declaratio domini directi requiritur, ad id, ut exerceat adversus emphyteutam moratorem jus commissi: *l.* 2. *C. de jure emphyteut.* verbo, *volenti ei*: consequens huic est, ut, si dominus directus ipse rem non avocaverit ab emphyteuta ob moram in solutione canonis admissam, nec hæres ejus id ipsum possit, si hæredis intuitu nulla mora facta sit. Præterquam enim quod pœna commissi est vindicta injuriæ domino illatæ, qui spretus ac contemptui habitus videtur eo ipso, quod non fuit agnitus oblata tempestive canonis solutione, qualis injuriæ persecutio nec in hæredem competit, nec datur hæredi: §. 1. *Instit. de perpet. & temporal. action.* atque etiam concessio in emphyteusin quædam donationis & liberalitatis species est, cujus revocatio ob atrocem injuriam donanti a donatario illatam in primis tantum personis consistit, nec hæredi donantis, nec in donatarii hæredem tributa: *l. his solis* 7. *post med. l. ult. in fine Cod. de revocand. donationibus*: certum insuper est, ea, quæ voluntatem alicujus, seu voluntatis declarationem, desiderant (quod & hic desideratur) evanescere morte ejus ante voluntatis manifestationem contingente: arg. *l. si ita expressum* 69. *ff. de condit. & demonstrat. l. si ita legatum* 65. §. *illi* 1. *ff. de legatis* 1. Sed & ex iisdem fontibus ab injuriæ actione ac donationis revocatione petitis profluit, hære-

redi moratoris litem ex mora defuncti non esse movendam ad exercendum commissi jus, si hæres ipse in mora non sit. Mynsingerus *cent.* 3. *observ.* 97. Perezius *ad tit. Cod. de jure emphyteut. n. accedit quod* 15. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *consit.* 38. *defin.* 9. Wassenaar *Pract. judic. cap.* 2. *n.* 19. Responsa JCtor. Holland. *part.* 2. *consil.* 5. *in fine:* dissent. *Zoesius ad tit. ff. locati n.* 92.

46 Præterea inter modos, quibus emphyteuta jure suo emphyteusios cadere, aut saltem exui potest, numerata quoque insignis deterioratio, corruptio & abusus enormior rei in emphyteusin datæ, dum arbores frugiferæ exscinduntur aliis haud repositis, terra paludosa effoditur, aliudve simile detrimentum notabile infertur, scienter dolo malo, aut culpa lata. Quod quidem in ecclesiastica extra dubitationem positum est: *d. novell.* 120. *cap.* 8. *auth. qui rem C. de sacrosant. eccles.* sed tamen ad secularem idem quoque non male produxeris; præsertim si emphyteuta, spreta domini directi prohibitione, contumaciter perseveret: non ea quidem ratione, quod & conductor, si male utatur re conducta, expelli ante tempus possit: *l. æde quam* 3. *C. de locato.* Vix enim est, ut a conductore jura debiliora habente, & pensionem fructibus convenientem retinente post expulsionem, argumentum procedat ad emphyteutam, jure fortiori dominii utilis, & nata inde in rem actione, munitum, quin & graviorem ex ademptione læsionem subiturum, ut mox plenius dicam. Sed potius, quod ex contextu *d. nov.* 120. *cap.* 8. non appareat, jus illud expellendi emphyteutam ob deteriorationem in ecclesiastica emphyteusi singulare esse, aut peculiariter ob favorem piæ causæ introductum; sed (ut & ante observatum) ecclesiasticæ emphyteusios mentio passim in novellis fiat, quia Justiniani tempore frequentius pia loca, quam privati, solebant in emphyteusin dare, & orientes de hisce dubitationes constitutionibus Justinianeis præcipue causam præbebant: ut proinde, eadem ratione militante in emphyteusi seculari, quæ est in ecclesiastica, idem quoque jus admittendum sit. Quibus non obest, quod fructuarius ob solum rei fructuariæ abusum ante tempus regulariter expelli nequeat, ut latius dicam *tit. quib. mod. ususfr. amitt. n.* 5. Cum enim proprietario regulariter per cautionem fructuariam adversus omnem corruptionem & deteriorationem abunde provisum sit, necesse haud fuit, amissionis pœnam corruptioni rerum fructuariarum proponere: at nulla talis cautio per emphyteutam interponenda fuit; cui consequens erat, ut amissionis metu absterreretur emphyteuta ab emphyteusios deterioratione, dum cautionis remedio, ad diligentiam in emphyteusi conservanda adhibendam non poterat moveri. Et hanc opinionem, aliis licet argumentis inducti, tuentur Pinellus *ad l.* 1. *C. de bonis maternis part.* 2. *n.* 60. *in med.* Christinæus *ad Leg. Mechlinenses tit.* 2. *art.* 18. *n.* 4. Ant. Faber *Cod. libr.* 4. *tit.* 43. *defin.* 52. Zoesius *ad Pand. tit. locati n.* 110. Ant. Matthæus *de obligation. disp.* 22. *n.* 18. Responsa JCtor. Holland. *part.* 2. *consil.* 165. Wassenaar *pract. jud. cap.* 2. *n.* 18. 20. & vulgo DD.

47 Præscriptione denique extingui potest emphyteusios jus, dum vel dominus directus definito per leges aut municipalia jura tempore directi & utilis adeoque pleni dominii jure possedit: vel emphyteuta domino directo jus emphyteusios denegavit, a domino interpellatus, aut rem ut liberam & pleno jure suam transtulit in alium, & ex tempore translationis vel abnegati juris emphyteutici præterierit præscriptioni implendæ sufficiens spatium. Nam si tantum illo tempore (velut apud nos triente seculi) simpliciter cessasset emphyteuta in canonis solutione, nec sibi de cætero plenum actu aliquo arrogasset dominium, liberari quidem posset per præscriptionem a canonis præstatione respectu annorum tertiam seculi partem excedentium, sed plenum dominium acquisivisse, cum non suo sed alieno nomine rem emphyteuticam tenuerit, dici nequit: arg. *l.* 2. junct. *l. cum notissimi* 7. *§. ult. C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* Ant. Thesaurus *decis.* 179. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 39. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 40. *n.* 24. *& seqq.* Ant. Matthæus *parœm. Belgar. JCtor.* 9. *n.* 12. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 3. *defin.* 17. & *constit.* 38. *defin.* 15. Leeuwen *censur. forens. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 16. *n.* 25.

48 Porro, ob ingratitudinem ab emphyteuta in dominum directum commissam emphyteusis revocari nequit; nec ob id, quod dominus directus re emphyteuticaria indigeat ex inopinata causa ad proprios usus: cum id neutro de casu uspiam cautum sit, nec juris analogia id suadeat, nec procedat argumentum a locatione ex *l. æde quam* 3. *C. de locato* ad emphyteusin; quippe quæ magis donationi quam locationi hac in parte assimilanda est; licet non sit simplex donatio. Atque ita difficultatibus in utraque hac quæstione facile occurritur. Scilicet, donatio simplex non est, & ideo revocari nequit ob ingratitudinem, cum revocatio talis in solis simplicibus donationibus, non quibusvis liberalitatis speciebus, locum habeat. Rursus ad donationem magis quam locationem hac in parte accedit, dum canonis modici solutione defungi potest emphyteuta, majorem sperans fructuum annuorum proventum, canoni debito non respondentem; & ideo revocari nequit, ubi ipse dominus incipit re ad proprios usus indigere.

49 Sed nec ob inficiationem juris emphyteutici, dum se emphyteutam esse negat, jure suo privandus est; cum nuspiam talis emphyteutæ proposita inveniatur inficiationis pœna, ideoque regulæ locus esse debeat, dictanti, *neminem ex his, qui negant se debere, prohiberi etiam alia defensione uti, nisi lex impediat: l. nemo* 43. *ff. de reg. juris.* Adeo ut ne possessione quidem emphyteusios ob talem inficiationem, licet dolo factam, videatur spoliandus, eaque in dominum directum transferenda, uti sine fundamento statuit Zoesius *ad Pand. tit. locati n.* 112. post Manticam *de tacitis & ambig. convent. libr.* 22. *tit.* 31. Neque enim illud probatur per *l. ult. ff. de rei vind.* aut per *nov.* 18. *cap. illud quoque* 10. cum neutro textu generaliter inficiationis pœna dicatur esse possessionis amissio. Etenim

nim in *l. ult.* solummodo spoliandus est possessor aut possessione, si se possidere neget, rei vindicatione conventus, neutiquam, si alia ratione mendacii convincatur; nec mirum ei id adimi, quo se ima propria exuit professione. Adde *tit. de rei vind. n.* 25. In novella vero decima octava *cap.* 10. de iis agitur, qui, cum pignorum possessores essent, ac a creditoribus hypothecariis convenirentur, negant rem ejus esse, cujus actor eam esse asseverat; quo probato, cum probata sit actoris intentio, jubentur possessionem in actorem transferre, nulla exceptione opponenda, se jure aliquo potiores esse; qui longa divarsus a nostro casus est; ideoque, si lex ibi prohibeat alia dafensione uti, in nostro tamen casu cum id non pateat, regulæ superiori standum est.

50 Finita emphytensis ad dominum directum revertitur, sive a privato, sive a fisco res in emphytensin data sit; etiamsi forte fiscus generalitar omnes reditus fiscales una mercede publicano elocasset: *non enim*, (ut Ant. Matthæi verbis utar *tract. de auction. libr.* 2. *cap.* 4. *n.* 14.) *commissum tale reditus fiscalis est, sed obventio quædam ex contractu originem habens, cum proprietate consolidanda. Pensio quidem fisco quotannis præstanda ab emphyteutis & vasallis, est reditus fiscalis; sed commissum feudum vel emphytensin nemo in reditu computat. Consolidatio illa est proprietatis & ususfructus; vel, ut DD. loquuntur, directi & utilis dominii, quam placuit fieri hac ratione, ne inutilis sit domino proprietas. Foret autem inutilis domino proprietas, vel potius interciperetur ei, si commissam emphyteusin interciperet conductor fiscalium redituum.* Ut tamen fructuum ex prædio emphyteutico commisso percipiendorum commodum conductori redituum fiscalium duranta conductione assignandum omnino sit. *Etenim* (ut rursus ajusdem viri doctissimi verba mea faciam) *negari non potest, fructus, quos dominus singulis annis ex commisso percepturus erat, reditum quendam fiscalem esse. Unde, si reditus fiscales locaverit, ad conductorem hi fructus pertineant necesse est. Deinde, antequam committeretur emphyteusis, utique canon emphyteuticus ad conductorem pertinebat: æquum ergo, ut commissa emphyteusi pro canone fructus percipiat, ne delicto emphyteutæ fiat deterior conditio conductoris.* Vide plenius eumdem, etiam dissentientium argumentis satisfacientem: *d. tract. de auction. lib.* 2. *cap.* 4. *n.* 14. 15. 16.

51 Non tamen potest dominus directus emphyteusi finita emphytentam propria expellera auctoritata: arg. *l. si cujus* 13. *§. sed si* 3. *ff. de usufructu & quemad. quis utat. l. non est singulis* 176. *ff. de R. J.* Eoqua facit, quod & creditoribus hypothecariis, qui nominatim pacti sibi erant licentiam ingrediandi possessionem in casum pecuniæ non redditæ, non aliter quam auctoritate præsidis possessionem adipisci permissum fuit: *l. creditores* 3. *C. de pignor. & hypoth.* nec dotis possessionem soluto matrimonio apprehendera sine judicis competentis auctoritate possunt uxoris hæredes: *l. dotis actione* 9. *C. soluto matrimon.* quodque dominii jura excidunt quicunque privata auctoritate res suas ab iniquis possessoribus, etiam furibus ac prædonibus, detentas rapere ausi fuerint: §. 1. *Inst. de vi bonor. raptor.* §. *recuperandæ* 6. *Inst. de interdictis: l. si quis in tantum* 7. *C. unde vi.* Ut proinde civiliter accipiendum sit, quod in *l.* 2. *C. de jure emphyteut.* dicitur, volenti domino directo licere emphytentam a prædiis emphyteuticariis repellere; de ea scilicet repulsione, quæ secundum præcepta legum auctoritate publica interveniante fit. Fachineus *controvers. libr.* 1. *cap.* 95. Ant. Faber *Cod. libr.* 8. *tit.* 3. *defin.* 2. Grotius *manuduct. ad Jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 40. *n.* 50. Zoesius *ad tit. Pand. locati n.* 93. Perezius *ad. tit. Cod. de emphyteusi n. hinc non existimo* 16. Groenewegen *ad l.* 2. *C. de emphyteusi:* & alii ibidam citati. Usque adeo autem judicis auctoritate opus est, ut & petitorio judicio agi oporteat, nec possessorium admittendum esse, decisum fuarit; ut ita lis apud ordinarium judicem agitetur, quæ apud supremum ventilanda esset, si possessorio judicio licuisset experiri, ut argumentatur Coran *observat.* 4.

52 Impensas quod attinet & meliorationes ab emphyteuta emphyteusi durante factas, distinctione opus est. Aut enim secundum primam emphyteusios constitutæ legem melioratio facta est; aut ultra id, quod ex prima emphyteusios conventione impendendum ac in statum meliorem reducendum erat, alia utiliter erogata sunt. Priore casu sine ullo refusionis onere penes dominum directum eas remanera, rationis est, sive culpa emphyteutæ, sive sine culpa ejus, lapsu temporis, aut ganarationis defectu, emphyteusis extincta sit: cum eas ex conventione & natura rei emphyteuta fecerit, adeoque necessitate obligationis urgeute; sic ut veluti canonis mercedisve pars esse videantur, canone scilicet viliore imposito, propter adjectam maliorationis conditionem, qua omissâ potuisset justa merces in pactionem deduci: arg. *l. fundi partem* 79. *ff. de contrah. empt. l. si venditor* 6. §. 1. *in fine ff. de servis export.* At casu posteriore deducere eas, emphyteusi finita, emphytauta prohibendus non est, sive sine culpa ejus emphyteusis evanuerit, sive ob alienationem aut moram in solvendo canone commissam utili dominio emphyteuta ceciderit; cum nuspiam hæc culpæ pœna inveniatur proposita, sed magis ea, quæ in emphyteusios amissione consistit: neque æquum ast, bis eum pœnam luere, rem amittendo simul & maliorationem, qui semel quidem deliquit rem alienando, canonemve non solvendo; sed impendendo in rem, cujus dominium utile impendii tempore habebat, nullius potuit videri culpæ reus. Qua ratione multis aliis in casibus receptum fuit, impendia repeti posse in rei meliorationem per eos facta, qui ex conventione non fuerant ad ea devincti, ne contingeret, alium cum jactura alterius reddi locupletiorem: nam & colono ad meliorandum haud obligato repetitio data est: *l. dominus* 55. §. 1. & *l. pen. ff. locati cond.* Et commodatario ac creditori in rem commodatam aut pignus expendenti: *l. in rebus* 18. §. *possunt* 2. *ff. commodati: l. si necessarias* 8. *ff. de pignorat. act.* Vasallo quoque domum in prædio feudali ædificanti, secundum scriptas feudorum consue-

tu-

tudines: *lib.* 2. *feud. tit.* 28. vers. *si vasallus:* denique fructuario & fiduciario hæredi impensas graviores in rem fideicommissariam aut fructuariam facienti: *l. domus* 58. *ff. de legatis* 1. *l. qui exceptionem* 40. §. *si pars* 1. *ff. de condict. indeb. l. eum, ad quem* 7. *C. de usufructu & habit.* Quibus consequens est, ut dicamus, ea, quæ de meliorationibus haud repetendis in casu, quo per culpam jure suo emphytauta ceciderit, traduntur in *l.* 2. *C. de jure emphyteutico*, ad eas restringi debere, ad quas ex contractu emphyteusios emphyteuta devinctus erat. Fachineus *lib.* 1. *controvers. cap.* 92. Bronchorst *miscellan. cent.* 1. *assert.* 45. Besoldus *delibat. juris ad lib.* 6. *ff. h. t. quæst.* 11. Zoesius *ad tit. Pand. locati n.* 114. Perezius *tit. C. de jure emphyteut. n. quibus verbis* 21. dissent. Sande *decis. Frisic. lib.* 5. *tit.* 6. *defin.* 6. & plures ibidem allegati.

53 In recuperandis autem meliorationum impensis videndum, utrum impensa gravior sit, quam melioratio, quæ inde provenit; an ex adverso melioratio major fuerit, quam quantum est id, quod vere impensum est; eodem modo, quo id in bonæ fidei possessore obtinere, supra *tit. de rei vindicat. n.* 36. probatum est; cum nulla inter emphyteutam & bonæ fidei possessorem ratio differentiæ hac in quæstione appareat. Adde Abrah. a Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 2. n. 169. 170. 171. 172. 173.

54 Emphyteusios occasione, quæ de contractu censuali ac censu dici possent, tractanda magis in *lib.* 50. *tit. de censibus*. Et de libellario contractu, plura forte dicenda, ubi feudorum jura enarrabo.

LI-

LIBER SEPTIMUS

TITULUS PRIMUS

DE USUFRUCTU, ET QUEMADMODUM QUIS UTATUR FRUATUR.

SUMMARIA.

1 *Quid sit servitus in genere, & quotuplex; an detur servitus, qua persona servit rei?*

2 *Servitus personalis, ususfructus, usus & habitatio an in realem degenerare ex conventione possit?*

3 *Defenditur divisio ususfructus generaliter considerati in causalem & formalem. Quando ususfructus sit, vel non sit, dominii pars? licet sit pars dominii, non tamen est pars fundi.*

4 *Quis sit in praxi usus hujus divisionis in causalem & formalem, maxime, posito statuto, ne conjuges sibi invicem legent ultra bonorum usumfructum?*

5 *Constituitur ususfructus pure, in diem, sub conditione. Pendente die vel conditione, proprietarius usumfructum habet. Si quis alteri leget usumfructum in quinquennium, & eo lapso usumfructum, vel plenum rei dominium Titio cedere jubeat, quis usumfructum habet, fructuario maturius moriente? quis si testator uni pure proprietatem, alteri usumfructum sub conditione, vel etiam inutiliter ac contra leges reliquerit?*

6 *Quibus in casibus acquiratur ususfructus ex legis dispositione?*

7 *Quomodo per praescriptionem, adjudicationem in judiciis divisoriis, conventionem, aut ultimam voluntatem?*

8 *Si Titio fundus legetur, Maevio ejusdem fundi ususfructus, quid Maevius sit habiturus jure Romano & moribus?*

9 *Non solus ususfructus, sed plena proprietas data creditur, si domus certa ad inhabitandum, fundus ad alimenta legetur; vel si fructuarius gravatus sit onere restituendi ex fideicommisso res fructuarias tertio.*

10 *Idem est, si legans usumfructum, addiderit prohibitionem alienationis, vel fructuario injunxerit, ut rei fructuariae servitutem imponeret.*

11 *Idem, si ususfructus legetur cum libera alienandi potestate, quo casu ad dodrantem usque alienatio permissa est: secus, si tantum alienandi potestas in casu necessitatis vel indigentiae adjecta sit. Si tamen non ususfructus, sed bona legentur, & addatur prohibitio alienationis, vel licentia alienandi in casu necessitatis, proprietas cum onere fideicommissi legata videtur.*

12 *Quid juris sit secundum juris rigorem, & secundum aequitatem, si testator Titium in omnium suorum bonorum usufructu instituerit, vel legati titulo ei dederit, & adjecerit, se post Titii obitum instituere haeredem Maevium?*

13 *Quid differat quantum ad effectus juris, utrum alicui nudus ususfructus intelligatur relictus, an vero proprietas cum onere fideicommissi?*

14 *In quibus rebus ususfructus constitui possit? etiam in sterilibus; etiam in feudalibus, adhibitis requisitis; etiam in omnibus bonis, modo nihil fiat in praejudicium legitimae, aut falcidiae, aut l. 6. C. de secund. nupt.*

15 *Quae contineantur sub usufructu omnium bonorum; an & calendarii? an rerum demum post conditum testamentum quaesitarum? an rerum, quarum testator nudam habebat proprietatem, si post ejus obitum ususfructus prior demum ad proprietatem revertatur?*

16 *An, & quo usque id, quod ex memoriali tabellionis scriptura post ejus obitum redigi potest, si tabellio legaverit usumfructum?*

17 *An ususfructus rei alicujus singularis, alteri simpliciter legatae ante vel post legatum omnium bonorum usumfructum?*

18 *An bonorum feudalium?*

19 *Non rerum per testatorem ex fideicommisso restituendarum extraneo, vel ipsi haeredi instituto; nisi id nominatim testator voluerit. Quod tamen cum effectu velle nequit conjux, posito statuto, ne conjuges sibi invicem gratificentur ultra bonorum suorum usumfructum. Jus tamen plane singulare hac in parte obtinet Ultrajecti.*

20 *Constituto usufructu, proprietarius nihil agere regulariter potest in praejudicium fructuarii: an servitutem imponere rei fructuariae? aut remittere eam, quae praedio fructuario constituta est? jus tamen suum circa proprietatem e-*

re domicilium habeant; adeo ut officio quoque judicis compellendi fuerint jussioni testatoris parere, jam liberi facti: *l. Mævia* 44. *ff. de manumissis testam. l. Titio centum* 71. §. *Titio centum* 2. *ff. de condit. & demonstrat.* non tamen inde ullum recte elicueris servitutis jus; eo quod servitutum non ea natura est, ut quis quid faciat, sed ut aliquid patiatur, aut non agat: *l. quotiens* 15. §. 1. *ff. de servitutibus:* cum ex adverso libertis in specie dictarum legum ad factum obligatio imposita inveniatur, & judicialis ad illud implendum constrictio. Atque insuper ita statuendum foret omne legatum sub modo relictum servitutem in se comprehendere; quod absurdum. Leve vero est, quod de adscriptitiis servis adducitur; quippe qui, etsi glebæ addicti, tamen non tam fundo, quam potius fundi domino creduntur servire: arg. *l. quemadmodum* 7. *l. agricolarum* 18. *C. de agricolis & censitis*.

2 Personales servitutes præcipue tres sunt, ususfructus, usus & habitatio. Quamvis enim haud videatur eundum inficias, quin eæ, quæ natura sua reales sunt, ex voluntate constituentium in personales degenerare queant, ut dicetur *tit. de servitutibus:* tamen, cum hæ tres ita personales sint, ut ne ex conventione quidem specifica fieri reales possint, usufructu & usu personam desiderante, cujus ossibus inhæreat, & natura habitationis vel juxta sensum communem repugnante, quo minus prædio constituatur; merito etiam solæ personalium nomen per excellentiam sortitæ sunt.

3. Ususfructus in genere est jus percipiendi fructus ex aliqua re, sive propria jure dominii, sive aliena jure servitutis, ut colligi potest ex *l. si cum argentum* 21. §. *si fundum* 3. *ff. de except. rei judicatæ: l. necessario* 8. §. *ult. ff. de peric. & commodo rei vend. l. si is, qui* 11. §. *ususfructus* 2. *ff. de pignor. & hypoth.* & a DD. recte in causalem & formalem distinguitur, ut multis docet Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 1. Causalem dicunt, quoties jure proprietatis fructus percipiuntur, adeoque ususfructus cum sua causa seu proprietate conjunctus, vel, ut Julianus ait, *proprietati mixtus* est: *l. si tibi* 4. *ff. de usufr. accresc.* vel, ut Pomponius, *ex eadem causa, ex qua & fundus meus erat, meus est: d. l.* 21. §. 3. *ff. de except. rei judicatæ*. Qualis ad servitutum genus haud pertinet, eo quod nemini res sua servit: *l. uti frui* 5. *pr. ff. si ususfruct. pet.* Formalem appellant, qui a proprietate separatus est, ac definitur, jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia: *l.* 1. *ff. h. t.* Si quis *causalis* & *formalis* denominationem veluti horridam barbaramque non ferat, is cogitet, interpretes juris nostri veteres docendi causa nomina talia rebus in jure nostro occurrentibus imposuisse, quod hæc ad exponenda animi sui sensa & intelligenda veterum Jurisconsultorum scripta crediderunt aptissima, etsi forte non omnem redolentia elegantiam latinitatis. Quanquam nec tanta, quantam nonnulli putant, barbaries in hisce est: etenim inter pretium *præsens* & *formale* distinxit Ulpianus: *l. in lege falcidia* 62. §. 1. *ff. ad leg. Falcid. Præsens* appellans, cum secundum rei veritatem res æstimatur, adeoque pretium rem comitatur; ita ut inter rem pretiumque cum re collatum justa proportio ex communi hominum usu & utilitate præsente inveniatur, ac rem habens pretium intelligatur habere, dum omni tempore eam publice potest distrahere; nec pluris res valere censetur, quam quanti publice vendi potest: *formale*, cum non communi, sed ex affectu peculiari & utilitate vel arbitrio singularis personæ, definitur; veluti si quis servum suum, simulque filium naturalem, magno æstimet, quod eum, si alius possideret, plurimo fuisset redempturus: *d. l.* 62. §. 1. junct. *l. pretia rerum* 63. & *l. quod bonis* 15. §. *ult. ff. eod. tit.* Sicut ergo formale pretium a re distinctum prorsus ac separatum erat, nec rei præsens, ita ad exemplum ejus, usumfructum quoque formalem appellari, qui a proprietate separatus est, nec quicquam cum dominii jure commune habet, quid quæso vetat? Sed ne ulterius de nomine disputatio protrahatur, vocabulis magis Latinis, magisque rei designandæ aptis hæc denotari facile patiar, si quis ea nobis suggesserit; illiberale enim scio de nominibus solis certamen esse, &, ut Cicero, *vitiosum esse, controversiam intendere propter nominum mutationem:* dum modo vicissim concedatur, rem ipsam, duplicem scilicet usumfructum Romanæ jurisprudentiæ auctoribus haud incognitum fuisse, alterum, qui a proprietate separatus est, alterum, qui eandem comitatur: de quo nec dubitare sinunt manifesta adeo juris loca: nam & Paulus *in l. si ita* 126. *ff. Titius* 1. *ff. de verb. oblig.* tradidit, *minus esse in eo usufructu, quem per se quis promisit* (id est separatum a proprietate) *quam in eo, qui proprietatem comitatur:* & de eo, qui primitus nudum habebat usumfructum, ac postea rei fructuariæ proprietatem adeptus fuit, Pomponius proponit, usumfructum peti, *qui ex illa causa, ex qua fundus meus erat, meus factus est*, priorem alium, alium posteriorem usumfructum esse, *quoniam, postquam nactus sum proprietatem fundi, desinit meus esse prior ususfructus, & jure proprietatis, quasi ex nova causa rursus meus esse cœpit: l. si cum argentum* 21. §. *si fundum* 3. *ff. de except. rei judic.* Quibus similia occurrunt in *l. necessario* 8. §. *ult. ff. de peric. & comm. rei vend. l. si is, qui* 11. §. *ususfructus* 2. *ff. de pignor. & hypoth.* Firmaturque id ipsum ex eo, quod ususfructus dicitur *a proprietate separationem recipere:* §. 1. *Inst. h. t.* & is, qui proprietatem habet, non habere *separatum utendi fruendi jus: l. uti frui* 5. *ff. si ususfr. pet.* quæ sane ususfructus separatio præcedentem involvit ejus cum proprietate conjunctionem. Denique non leve momentum adfert, quod Paulus *usumfructum in multis casibus dominii partem esse* testatur *l. ususfructus* 4. *ff. h. t.* Quod ut magis manifestum evadat, considerandum, toties usumfructum esse dominii partem, vel saltem *portionis instar obtinere*, ut Papinianus loquitur in *l. cum filius* 76. §. *dominus* 2. *ff. de legatis* 2. quoties cum proprietate conjunctus est: qui enim eundem habet cum proprietate conjunctum, plenum dicitur habere dominium, sic ut, ex quo ad proprietatem ususfructus reversus est, *nudæ proprietatis dominus incipiat plenam in re habere potestatem:* §. *ult. Inst. h. t. l. cum in fundo* 78. *ff. de jure dot.* plenum autem illud dominium, duabus qua-

quasi partibus integrantibus, proprietate scilicet & usufructu constare, evincitur aperte ex *l. qui usumfructum* 58. *ff. de verbor. oblig.* dum is, qui usumfructum fundi stipulatur, deinde fundum, similis dicitur ei, *qui partem fundi stipulatur, deinde totum; quia fundus dari non intelligitur, si ususfructus detrahatur:* uti & ex *l. si tibi* 6. *ff de usufr. ear. rer. quæ usu consum. l. si alii* 19. *ff. de usu & usufr. legato: l. si tibi proprietas* 4. *ff. de usufr. accrescendo.* Atque hinc est, quod, ubi reus principalis fundum debet, fidejussor recte in usumfructum accipitur, in quem accipi non potuisset, si ususfructus non esset considerandus ut dominii promissi pars: *l. si a reo* 70. *§. si reo* 2. *ff. de fidejussor.* quodque testator, *si primo fundum legaverit, deinde vel solum possit* usumfructum adimere, proprietate nuda in legato remanente, vel vice versa adimere proprietatem, sic ut solus ususfructus in legato relinquatur: *l. fundo* 2. *pr. & §.* 1. *ff. de adimend. vel transf. legatis:* quod fieri non posset, si usufructu & proprietate, tanquam partibus, non constaret plenum dominii jus; cum adimi testamento nequeat pro parte vel in totum, nisi quod fuerit prius datum. Qua ratione, quia inter fundo debitum, non est vel proprietatis vel ususfructus pars, sed tantum nuda prædii qualitas: *l. quid aliud* 86. *ff. de verb. signif.* etiam fit, ut is, qui usumfructum fundi, vel nudam ejus proprietatem legat, iter adimendo non minuat legatum, sed magis nihil agat: *l. si quis ita* 3. *§. si loci* 6. *ff. de adimend. vel transfer. legatis.* Etsi autem ususfructus secundum jam dicta dominii pleni pars sit, fundi tamen pars proprie non est; cum fundus corporalis sit, ususfructus incorporalis; incorporalia vero corporum partes vere nec sint nec esse possint: quo Papinianus respexisse videtur, dum ait, usumfructum *in jure, non in parte, consistere: l. Mævius* 66. *§. penult. ff. de legatis* 2. & usumfructum *portionis instar* obtinere: *l. cum filius* 76. *§. dominus* 2. *ff. de legatis* 2. Ac proinde, quod Ulpianus scripsit, eum, qui fundum stipulatus est, usumfructum accepto ferendo nihil agere, quasi ususfructus non esset fundi pars: *l. & per jusjurandum* 13. *§. illud certum* 2. *ff. de acceptilat.* non tam videtur naturali niti æquitatis ratione, quam potius juris civilis subtilitate, quæ in acceptilatione, juri civili originem debente, spectatur, ne scilicet rei alterius pars accepto ferri possit, quam quæ nominatim deducta est in stipulationem: *d. l.* 13. *§.* 2. junct. *l. nisi consensuat* 14. *ff. de acceptilat.* proponitur autem in d. lege promissus nominatim fundus, non item *dominium fundi*, quippe quod magis intellectu juris, quam verbis, in fundi promissione inclusum continetur; ideoque cum ususfructus deducti in stipulationem fundi pars non esset, etsi maxime dominii pars sit, per acceptilationem ususfructus non poterat sublata pro parte videri obligatio ad fundum, cujus fundi pars non erat ususfructus accepto latus. Donellus *comment. jur. civil. lib.* 9. *cap.* 9. *circa med.* Contra, si ususfructus a proprietate separationem receperit, non dominii pars, sed servitutis est; id est, seorsim consideratur ut jus servitutis, quod juribus cæteris in re, adeoque & juri dominii, oppositum est. Quo fundamento totum fundum recte dicimus nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est: *l. recte dicimus* 25. *ff. de verb. signif.* nec quasi plus petendo peccare quis censetur, qui simpliciter fundum petit, cum ei deducto usufructu, sola fundi proprietas veniret præstanda: *§. si cui fundus* 9. *Instit. de legatis.*

4 Neque inanis aut supervacua hæc de duplici usufructu, ex jure nostro jam adstructo, disputatio est: sed in ipsis causarum decisionibus, insignem aliquando utilitatem præbet; inter cætera, statutó posito, quo cautum, ne conjuges ultima voluntate ultra bonorum suorum usumfructum, & eum quidem non nisi reciprocum, sibi invicem gratificentur, uti id dictat jus Ultrajectinum *tit.* 22. *art. ult.* Si enim maritus non nisi sita in solo Ultrajectino immobilia habeat, uxoris omnia vel pleraque immobilia in Hollandia sint, recte maritus uxori usumfructum immobilium legaverit, uxor marito plenam Hollandicorum proprietatem; cum enim ususfructus etiam sit, qui cum proprietate conjunctus est, in statutum impingere non videntur conjuges, modo superiore sibi mutuo gratificantes, sed usumfructum reciprocum secundum legis Ultrajectinæ dispositionem reliquisse dicendi sunt; quorum gratificatio nullo jure defendi posset, si nullus ususfructus cum proprietate conjunctus daretur. Nec leve pro hac sententia argumentum in eo est, quod, uti jus accrescendi locum habet inter duos, quibus simul ejusdem rei ususfructus relictus est; ita quoque locum inter eos habere non desinit, ubi alter eorum proprietatem adeptus est, seu apud eum ususfructus consolidatus, teste Ulpiano in *l. idem Neratius* 3. *§. ult. ff. de usufr. accrescendo.* Si enim reciprocum maneat jus accrescendi, licet alter insuper proprietatem nactus sit; quidni & reciprocus valeat ususfructus legatus, licet alteri insuper proprietas, lege situs immobilium non refragante, acquiratur?

5 Constituitur ususfructus, quatenus servitus est, non tantum pure, sed & sub conditione: *l. fundus* 4. *ff. si ususfr. pet.* vel ex certo die, vel ad certum diem, vel ad conditionem, vel annis alternis: *l. & puta* 16. *§. ususfructus* 2. *ff. famil. ercisc. l. ususfructus in multis* 4. *ff. h. t. l. cum ususfructus* 13. *ff. de usu & usufr. legat. l. ambiguitatem* 12. *C. h. t.* adeo ut die vel conditione pendente, ex qua ususfructus datus est, proprietario interim fructus & emolumenta cedant: arg. *l. & post* 12. *§. ult. ff. famil. erciscundæ.* Qua ratione, si quis uxori suæ usumfructum villæ aut rerum suarum legaverit in quinquennium a die mortis, addideritque, eundem usumfructum vel etiam plenum rei fructuariæ dominium, quinquennio lapso, cessurum Mævio; uxore intra quinquennium moriente, Mævius tamen non nisi decurso pleno quinque annorum spatio ad usumfructum admittendus est, utilitate medii temporis hæredi, tanquam proprietario, ex jure dominii obveniente: *l. uxori* 55. *ff. de usu & usufr. legato:* junct. *d. l. & post litem* 12. *§. ult. ff. familiæ erc͏isc.* & arg. *l. si tibi ususfructus* 8. *ff. usufr. quemadm. caveat.* nisi ex circumstantiis alia colligi possit voluntas testatoris. Vide Castillo Sotòmayor *de usufructu cap.* 62. *n.* 7. *& seqq.* Si tamen fundus, usufructu detracto, pure Titio legatus sit, & ejusdem fundi ususfructus Sempronio sub conditione,

in-

interim cum proprietate ususfructus erit, non hæredi sed proprietatis legatario profuturus, ut ita ei prosit conditionis suspensio, cui etiam plenarius conditionis defectus prodesset. Licet enim placeat, tunc, cum detracto usufructu fundus legatur, apud hæredem usumfructum esse; tamen, ubi paterfamilias detracto usufructu fundum legat, & alii usumfructum sub conditione, non hoc agere creditur, ut apud hæredem ususfructus remaneat; quippe qui in ea facti specie interim neque ex jure dominii fructus suos facere potest, quia dominus non est, proprietate alteri pure legata; neque jure servitutis, quia verbis testamenti nullum ei reservatum aut datum apparet separatum utendi fruendique jus: *l. fundus detracto* 4. *ff. si ususfruct. pet.* Ant. Faber *rational, ad d. l.* 4. *ff. si ususfr. pet.* Gomezius *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 11. *n.* 34. *vers. tertio*. Idemque statuendum, si proprietas mihi pure & recte legata sit, alteri ususfructus sed inutiliter ac contra leges: sive enim conditionis defectus impediat & infirmet ususfructus legatum, sive infirmatio ex ipsa legis dispositione contingat, constat utique, naturali ratione usumfructum in dubio proprietatem comitari, adeoque proprietario cedere oportere, quoties alteri jure servitutis datus non est, aut (quod eodem redit) inutiliter datus: nec hæredem, cui testamento non apparet legatus, ullum sibi posse arrogare usumfructum, ex suo capite suaque morte aut vita metiendum, præter testatoris intentionem.

6 Acquiritur hæc servitus variis modis, ac primo quidem ipsa legis dispositione; quod accidit in conjuge ad nuptias secundas transeunte, cui, dum adimitur ex juris dispositione proprietas relictorum a conjuge prædefuncto, prioris thori liberis applicanda, ususfructus solus a lege conservatur *l. fœminæ* 3. *l. generaliter* 5. *& auth. subjunctæ C. de secund. nupt.* Idemque est, si post conjugis obitum mulier castitatem non servaverit: arg. *nov.* 39. *cap. secundum* 2. Sed & uxori inopi & indotatæ datus a lege ususfructus, partis quidem quartæ bonorum mariti defuncti, si liberi pauciores quam quatuor existant; virilis vero, si quatuor pluresve: *novell.* 117. *cap. quia vero* 5. Patri quoque in adventitiis filiifamilias, nisi ea conditione filiof. quid datum aut relictum sit, ne patri in eo ususfructus acquiratur: *novell.* 117. *cap.* 1. vel filiusf. sibi relicta acceptaverit, cum pater nollet in acquisitionem consentire: *l. fin. C. de bonis quæ liberis:* aut fratri germano una cum patre successerit ab intestato: *novel.* 118. *cap.* 2. vel filiofamilias filiæve quid a Principe vel Augusta donatum sit: *l. pen. C. de bonis quæ liberis*. De his latius Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 3. An autem, & quo usque nostris moribus parentes in adventitiis liberorum bonis usumfructum habeant, dicetur plenius *tit. de peculio*.

7 Præscriptione etiam longi temporis usumfructum acquiri obtinuit: *l. fin. in fine. C. de longi temp. præscript.* prolixe Galvanus *de usufructu cap.* 12. uti & officio judicis in judiciis divisoriis familiæ erciscundæ & communi dividundo, si judex alii proprietatem adjudicaverit, alii usumfructum, dum aliter commodior institui non potest communium divisio: *l. ususfructus pluribus* 6. §. 1. *ff. h. t. l. si quis putans* 6. §. *officio* 10. *ff. communi divid. l. & puto* 16. §. *Julianus* 1. *ff. famil. ercisc.* Finge enim, adjudicationibus expediri familiæ erciscundæ judicium, & plures esse res uni, quam alteri adjudicatas; absurdum utique non fuerit, eum, cujus pars major est, ad id damnari, ut patiatur certo annorum spatio cohæredem uti frui rebus quibusdam, non ei cohæredi, sed sibi, adjudicatis; ut ita fructuum perceptione suppleatur, quanto minus fuit in portione ejus, cui pars minor ex adjudicato obvenit. Quod & haud obscure indicare velle videtur Ulpianus, dum ait, usumfructum & ex certo tempore & ad certum tempus, & alternis annis posse adjudicari: *l. & puto* 16. §. *ususfructus:* 2. *ff. famil. ercisc.* cum alioquin adjudicationum non temporarius sed perpetuus effectus sit: arg. §. *ult. Inst. de offic. judicis*. Ulpianus *in fragm. tit.* 19. §. *adjudicatione* 16. Pactionibus insuper atque stipulationibus, quasi traditione ad eas concurrente: §. 1. *Inst. h. t. l. omnium* 3. *ff. h. t.* junct. *l. obligationum* 3. *ff. de oblígat. & act. l. traditionibus* 20. *C. de pactis*. Confer Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 10. *&* 12. Ultima denique voluntate: *d.* §. 1. *Inst. h. t. d. l.* 3. *ff. h. t.* quo casu quasi traditio necessaria non est, ut ipsum jus servitutis nascatur; cum ea legatorum natura sit, ut ex fictione juris recta via ab eo, qui legavit, ad eum, cui legata, transferantur: *l. a Titio* 64. *in fine ff. de furtis:* nisi secundum antiqui juris observationem damnationis legato ususfructus relictus fuisset; tunc enim inductione in fundum fructuarium, vel usu atque patientia, aliove simili quasi traditionis modo, opus erat; & de hujusmodi legato agi *l. omnium* 3. *ff. h. t.*

8 Quod si Titio fundum testator legaverit, Mævio ejusdem fundi usumfructum, utrumque ad usumfructum concurrere, proprietatem soli Titio cedere, Romanis placuit: *l. si tibi decem* 6. *ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum. l. si tibi* 4. *ff. de usufr. accresc. l. si alii* 19. *ff. de usu & usufr. legato:* *l.* 1. §. *si decem* 17. *ff. ut legat. seu fideic. serv. causa cav.* eo quod testator Titio fundum legans, & proprietatem & usumfructum in solidum credebatur reliquisse; sed cum deinde Mævio quoque fundi ejusdem usumfructum daret, Titius & Mævius cœperunt ususfructus intuitu re conjungi; ac proinde necesse fuit, ut, utroque ad usumfructus legatum concurrente, inter eos scinderetur, quod conjunctim datum erat: §. *si eadem res* 8. *Inst. de legatis*. Notandum interim, in *d. l.* 19. *ff. de usu & usufr. leg.* superfluam esse in formula testatoris ibi proposita, atque adeo delendam particulam *vel*, legendumque, *Titio fundum detracto usufructu lego, Sejo ejusdem fundi usumfructum hæres dato*. Sed quia hæc juris civilis dispositio magis verborum atque syllabarum in testamento dictatarum aucupiis innititur, naturali autem ratione potentior esse debet mens, quam vox, dicentis: *l. Labeo* 7. §. *ult. ff. de supell. legata:* & uti in legibus, ita quoque in testamentis (quæ pro lege servanda) ab ea interpretatione abstinendum est, quæ voluntati disponentis fraudem facit; *l. contra legem* 29. *&* 30. *ff. de legibus:* magis est, ut, spreta hac ni-

nimis scrupulosa ratiocinii subtilitate, moribus nostris talem non admittamus in usufructu concursum, sed uni proprietatem nudam, alteri usumfructum ex asse adjudicemus; ita suadente simpliciore ac populari loquendi usu, quo alteri fundum, alteri usumfructum ejusdem fundi testator dat; præsertim si quis ulterius consideret, ipsos jurisconsultos Romanos haud dissimulasse, decisionem suam hac in parte mero niti disputationis acumine ac summo quodam jure, re ipsa incurrere in probabilem defuncti mentem; dum Modestinus in *d. l.* 19. *ff. de usu & usufr. legato*, subjungit, ita decisum esse, *quia interdum plus valet scriptura, quam peractum sit;* id est, ut opinor, efficaciora interdum sunt verba & vox, quam mens dicentis, contra regulam propositam in *d. l.* 7. *§. ult. ff. de supellect. leg.* Ita post alios allegatos Groenewegen *ad d. l.* 19. Hugo Grotius *manuduct. ad Jurispruд. Holl. libr.* 2. *cap.* 39. *n.* 12. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 3. *cap.* 8. *n.* 8. 9.

9 Dubium autem non uno in casu est, utrum usufructus tantum legatus credatur, an vero plenum dominii jus. Quid enim, si domus certa ac suis designata confinibus situque, ad inhabitationem aut ad fruendum legata sit, aut fundus ad alimenta? non usufructus sed magis plena proprietas legata videbitur: *l.* 4. *l. pen. §. qui fratris* 1. *ff. de aliment. vel cibar. legatis:* nisi subjuncta inveniatur clausula, *quamdiu vivit*, aliave similis, de quo plenius vide *tit. de usu & habitat. in fine.* Sed &, si usufructus inveniatur legatus, sive rei singularis sive totius hæreditatis, cum onere restituendi rem aut hæreditatem tertio post obitum die legatarii, proprietatem magis cum onere fideicommissi, quam usumfructum in dubio dari, credendum est: neque enim ratio patitur, ut solius usufructus legatario restitutionis onus imponatur; quippe qui morte sua sic ipso jure jus omne usufructus amittit, ut nihil ultra, quod restituatur, supersit. Firmaturque hæc opinio legum verbis satis manifestis, puta *l. ult. ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum. l. species* 15. *ff. de auro, arg. mundo &c. legatis: l. filios hæredes* 39. *ff. de usu & usufr. legato:* atque insuper argumento a sensu contrario, ex *l. qui fructus* 25. *ff. de usu & usufr. legato:* nam si nullum fideicommissum maritus induxisse censeatur, cum uxori prædiorum fructus reliquisset, & addidisset, se velle, ut post mortem *ejus prædia cum reditibus ad hæredes suos redirent*, imperitia lapsus, dum ignorabat evanescere morte uxoris fruendi jus: *d. l.* 25. ergo ex opposito, si formulam talem ex certa adjecerit scientia testator, proprietatis legatum cum onere fideicommissi inde profluere, respondendum est. Fachineus *controv. lib.* 5. *cap.* 46. Saude *decis. fris. libr.* 5. *tit.* 1. *defin.* 2. Hugo Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. libr.* 2. *cap.* 20. *n. ult.* Castillo Sotomayor *de usufruct. cap.* 30. *n.* 20. *& seqq.* Carpzovius *defin. forens. part.* 3. *constit.* 13. *defin.* 10. Responsa *Jurisc. Holl. part.* 4. *consil.* 285. *in fine:* & *part.* 5. *vol.* 2. *consil.* 338. (*revera*) 238. *n.* 29. dissent. Menochius *de præsumpt. libr.* 4. *præs.* 153. *n.* 7. & alii ibidem allegati.

10 Adhæc si uxori vel alteri cuicunque datus sit usufructus rei, addita alienationis prohibitione, vel ædium usufructus sit legatus, addita clausula, si legatarius hæredi promittat, se altius eas ædes non elaturum, vel aliud quid, quod servitutem continet, passurum, (ex formula legis *proculus* 19. *ff. h. t.*) non alia, quam proprietatis plenæ legatæ, adeoque usufructus causalis dati, conjectura capi potest; cum talis adjectio alienationis prohibitæ in solum cadere possit proprietarium, usufructuario satis ex jure communi alienare impedito; & servitutis impositio non per alium fieri possit, quam per rei dominum, adeo ut ne socius quidem invito socio eandem rei possit communi imponere: *l. unus* 2. *ff. de servitut. l. ult. in fine: ff. commun. prædior. tam urb. quam rustic.* Utroque certe in casu, adjectio facta continet dominici juris diminutionem; nam & alienationis prohibitio minuit liberum rei arbitrium jure communi dominis concessum, & servitutis imponendæ necessitas facit, ut minus plenum habeat dominium, qui servitutem imponit; ut accurate ratiocinatur Hugo Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. libr.* 2. *cap.* 33. Privatio autem præsupponit habitum, ut vulgo loquuntur, nec adimi potest jus dominii, vel diminui ei, qui illud non habet. Nec ludere verbis voluisse testator præsumendus est, sed magis id dedisse, quod clausula adjecta involvit ex sensu communi & juris necessitate, argumento legum in præcedente quæstione allegatarum. Magis sane in dubio hæc mihi arridet voluntatis & clausulæ additæ interpretatio, quam ut cum Fachineo *lib.* 5. *controv. cap.* 43. *&* 44. Pinello *ad l.* 1. *C. de bonis maternis part.* 3. *numero* 41. 42. aliisque, existimem, clausulam subjunctam ex earum numero habendam esse, quæ non necessariæ sunt, dum tacite insunt legatis, sed a testatore inseruntur, cautela abundante. Etenim, quod vulgo dicitur, superflua non nocere, tunc locum invenit, cum nulla in adjectis efficacia, vis nulla deprehendi potest extra id, quod & sine tali adjectione obtineret: sed si ex adjectis alia probabilis conjectura voluntatis capi possit, & legitimo juris ratiocinio elici, non est, cur ad extremum illud, abundantem cautelam non nocere, recurramus. Neque in contrarium facit, quod in *l.* 1. *C. de bonis maternis* patri tantum datus fuit usufructus in maternis liberorum bonis, & tamen etiam addita alienationis prohibitio. Etenim primo quidem illo in casu alienationis interdictionem inseri utile fuit, quia ante illam Constantini legem pater non usumfructum tantum, sed plenum bonorum maternorum, tanquam peculii filiorumfamilias adventitii, dominium habebat, & alienandi facultatem; quæ proinde nominatim ista lege adimenda fuit, ut tanto clarior esset atque manifestior juris mutatio, & diminutio juris ac potestatis paternæ in res liberorum. Sed & secundo, penitius intuenti legem nulla apparebit alienationis prohibitio patris intuitu expresse proposita, cum Imperator contentus fuerit dixisse, ita res maternas in parentum potestate esse oportere, *ut utendi fruendi duntaxat habeant in diem vitæ facultatem, dominio videlicet earum ad liberos pertinente:* de cætero mentio alienationis prohibitæ non de patribus concepta fuit, nec ad eos directa, sed ad creditores, & emptores, ut discant cautius mercari, præsupposita secundum jus commune

ne-

negetione facultatis alienandi: ait enim, *ita ut, si quando rem alienare voluerint, emptor vel is, cui res donatur, observet, ne unquam partem earum rerum, quas alienari prohibitum est, sciens accipiat, vel ignorans: quia nullam poterit præscriptionem opponere filiis quandocunque rem suam vindicantibus*. Longe minus supradictis adversatur, quod testator usumfructum legens, & edimens elienandi facultetem, eut servitutis alicujus impositionem ac patientiam legatario injungens, ee facit, quæ legetario ususfructus jus diminuunt, ac restringunt legetarii potestatem circe id, quod legetum est; absurdum vero sit, verba testatoris contre legeterium scripta pro legatario sic interpretari, ut plus habeat vi talis edjectionis, (proprietatem scilicet) quam habiturus fuisset, si simpliciter usumfructum testator dedisset, nulle in legatarii præjudicium subjuncta verborum conceptione, præter menifestam adeo defuncti mentem. Non, inquam, hæc turbare debent; cum principium petant, & pro fundamento substernant id ipsum, quod in quæstione est: supponunt etenim, eam fuisse testatoris intentionem, ut nil præter usumfructum legaret; de quo, en nempe nil præter usumfructum legare voluisse credendus sit, disputatur. Ac proinde regeri fecile possit, absurdum ex adverso esse, ut contra testatoris mentem, quæ ex alienationis prohibitione, & jussu de servitute rei imponenda, in solos rei dominos cadente, satis epparet, imo necessario colligitur, legatario jus proprietatis denegetur. Confer Menochium *de præsumpt. lib. 4. præsumpt.* 133. *n.* 1. 2. 3. Peckium *de testament. conjug. lib.* 5. *cap.* 14. Responsa JCtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 338. (*revera* 238.) *n.* 29. Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 143. *n.* 7. Castillo Sotomay. *de usufructu cap.* 30. *n.* 25. *& seqq.*

11 Quod si ex adverso ususfructus legetur cum elienandi potestete; videndum, an simpliciter & absolute, an vero tantum urgente necessitate & indigentia, adeoque viri boni arbitratu, alienatio a testatore permissa sit: nam si plene, nullisque restricta conditionibus, alienandi facultas concessa appareat, dubitari vix potest, quin simul cum usufructu proprietas deta censeri debeat, cum onere fideicommissi; etque adeo talis dispositio testetoris perinde habenda sit, ac si eum, cui ite ususfructus datus est, rogasset restitoere quicquid post mortem rogati superesset ex testatoris rogantis re. Cui consequens est, ut & dodrantem absumere alienando possit, de solo quadrante restituendo teneatur cavere; restituturus tamen & ea, quæ supra quadrantem tempore mortis apparuerit superesse, juxta *nov.* 108. Constet sane, consistere simul non posse nudum jus ususfructus, a proprietate separati, cum alienandi potestate, solis dominis de jure permissa, ec requirente dominium, quod alienando transferatur: *l. nemo plus juris* 54. *ff. de reg. juris*. Si vero alienatio demum urgente necessitate etque indigentia viri boni arbitrato concessa sit, magis est, ut nudum ac proprie dictum usumfructum eo modo dicemus relictum, proprietatis autem legetum, quod isti elienationi permissæ inclusum videri posset, non purum, sed conditionale esse, si scilicet necessitas deinceps subesse incipiat; nec ad res alias extendi, quam ad eas, quæ necessitate urgente, adeoque conditione proprietatis legetæ existente, re ipsa elienatæ sunt, manente in rebus cæteris nudo ususfructus jure, quod ab initio pure simpliciterque datum eret, idque ob defectum conditionis, in necessitate ac indigentia consistentis, sine qua, ut non competebat alienandi facultas, ita nec prærequisitum ad alienationem faciendam proprietatis jus. Atque ita sentiunt Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 20. Pinellus *ad l.* 1. *C. de bonis maternis part.* 3. *n.* 43. *in med. vers. tandem adverto*. Jacob. Coren *consil.* 15. *n.* 5. *& seqq.* & *observat.* 10. *versu, resteert misdien, pag. mihi* 44. *& seqq.* Carpzovius *defin. for. part.* 3. *constit.* 13. *defin.* 11. Leenwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 17. 18. Confer Sande *decis. Frisic. lib.* 5. *tit.* 3. *defin.* 4. Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 30. Menochium *de præsumpt. lib.* 4. *præs.* 133. *n.* 4. *& seqq.* Responsa JCtor. Holl. *part.* 4. *consil.* 283. & *part.* 5. *consil.* 59. Si tamen ab initio testator non dixerit, se *usumfructum*, sed se *bona* Titio relinquere, etsi postee addiderit, ee a Titio, quamdiu vixerit, possidenda esse, Titiumque aut *nullo modo*, aut *non nisi necessitate urgente* licentiam elienandi habiturum, clausula ille prohibitæ alienationis, eut licentiæ alienandi in casu necessitatis, non impediet, quo minus proprietas legata censeetur; quippe quæ ab initio data (dum *bona* relinquebantur) videri non potest adempta ex eo, quod alienandi potestas vel adimitur postea vel restringitur, neque etiam ex clausula *possidendi quamdiu vixit*, aut simili: non enim inter hæc pugna est, aliquem dominum esse, & tamen elienandi potestate destitui, atque etiam temporerium tantum, quemdiu vixit, dominium habere; utpote quod utrumque in rebus ex fideicommisso post mortem grevati restituendis quotidianum est; adeoque erraveris, si ex hujusmodi edjectionibus elind collegeris, quam fideicommissi onus, & post mortem honoreti restituendi necessitatem: *l. ult. ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum. arg. l.* 4. *ff. aliment. vel cibar. legatis. l. filios hæredes* 39. *ff. de usu & usufr. legato*. Responsa JCtor. Holl. *part.* 1. *consil.* 8. & 113.

12 Quod si testetor Titium in omnium bonorum suorum usufructo hæredem instituerit, vel omnium bonorum usumfructum ei legaverit, & edjecerit, se post Titii obitum instituere Mævium hæredem, tantum ebest, ut tunc sub usufructu dato proprietas quoque Titio concessa intelligetur, cum onere fideicommissi, Mævio præstandi, ut potius, si subtilem Romani juris disputationem sequaris, dicendum fuerit, ipso jure inutilem esse ususfructus concessionem. Etenim si usumfructum Titio relictum concipias legati titulo, inepte defuncti liberalitas est, cum legetum ab hærede præstandum sit: §. 1. *Inst. de legatis*: ideoque vis omnis legati dependeat ab hæreditatis aditione, sine que nullus hæres fit; aditio vero a Mævio non nisi post Titii fructuarii mortem fieri possit, secundum menifestam institutionis formulam testamento expressam. Cui consequens est, ut legatum tale non alio sit loco habendum, quam si ususfructus Titio, cum morietur, concessus esset, et-

atque ita collatus in id tempus, quo a persona discedere incipit; quod derisorium esse patet ex *l. Titio, cum morietur* 51. *ff. h. t.* Rursus, si usumfructum institutionis jure Titio datum ponas, exitum sortiri nequit defuncti dispositio; eo quod in usufructu scriptus hæres Titius non nisi in re certa institutus dici potest: qualis non hæredis sed legatarii jure censetur, quoties ei additus invenitur cohæres sine re: *l. quotiens* 13. *C. de hæred. instituendis:* quod ipsum in nostra est facti specie, dum Mævius ex asse post Titii mortem ad hæreditatem vocatus proponitur: ac proinde iterum ex superiore fundamento subsistere nequit usufructus concessus; quippe qui, tanquam re ipsa tantum legatus, per hæredem Mævium, post Titii demum fata adire valentem, præstandus est; & sic denuo inutiliter in id tempus collatus, quo a persona discedere incipit: *d. l.* 51. Sed cum suprema defunctorum judicia, quantum fieri potest, explicare oporteat, ut magis valeam quam pereant: *l. quotiens* 12. *ff. de rebus dubiis*, ac in testamentis non modo ambigue, sed & perperam scripta, benigne accipienda sint secundum id, quod credibile est cogitatum fuisse: *l. cum in testamento* 24. *ff. de reb. dubiis:* rectius diximus, testatorem, dum voluit usumfructum præstari, voluisse quoque, ut aliquis pure hæres esset, qui usufructus legatum præstet; cum is, qui vult consequens, etiam censeatur velle antecedens, sine quo consequens esse nequit, per jura vulgata: adeoque satis apte, ac secundum probabilem testatoris voluntatem verba testamenti, quibus Mævium post Titii fructuarii mortem instituit, interpretaturi sumus, si tempus mortis Titii dicamus adjectum institutioni Mævii non aditionis morandæ gratia; sed tantum perceptionis fructuum differendæ causa, atque ita non ad jus adeundi, sed ad efficaciam emolumenti pertinere; ne scilicet hæres Mævius usumfructum habeat, quamdiu Titius superstes est; & ut tanto magis enixa appareret defuncti voluntas; Titium, quamdiu vivit, ab hærede Mævio non debere in usufructu turbari. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 143. Grassus *recept. sentent. lib.* 1. §. *legatum quæst.* 23. *n.* 2. Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 4. *tit.* 5. n. 23. 24. & *artic.* 3. *& seqq.* Covarruvias *variar. resolut. lib.* 2. *cap.* 2. *n.* 5. Jac. Coren *consil.* 15. *n.* 1. 2. Ant. Faber *Cod. lib.* 6. *tit.* 18. *defin.* 7. Fachineus *controv. lib.* 4. *cap.* 18. Respons. JCtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 161. *&* 191. Præsertim, cum novum in jure nostro non sit, ut ea, quæ ex verborum conceptione continere videbantur dispositionem conditionalem, ex probabili tamen voluntate testatoris quantum ad effectus juris pro pure relictis habeantur; & non tam obligationis aut juris concessi suspendendi gratia, quam potius morandæ tantum solutionis causa intelligantur talem diem adjectum habere, de quo incertum est, an vivo honorato exstiturus sit (qualis dies conditionis loco est: *l. hæres meus* 79. §. *hæres meus* 1. *ff. de condit. & demonstrat.*) Sic etenim ab Alexandro Imp. rescriptum invenitur, ex his verbis, *do, lego Æliæ Severinæ filiæ meæ, & Secundæ decem, quæ legata accipere debebit cum ad legitimum statum pervenerit;* non conditionem fideicommisso vel legato insertam, sed petitionem in tempus legitimæ ætatis dilatam videri: & ideo, si Ælia Severina filia testatoris, cui legatum relictum est, die legati cedente, vita functa est, eam ad hæredem suum actionem transmisisse; scilicet, ut eo tempore solutio fiat, quo Severina, si rebus humanis subtracta non fuisset, vigesimum quintum ætatis annum implesset: *l. pen. C. quando dies legat. cedat.* Similique modo, cum testator alumno centum dari voluisset, eamque pecuniam ad alium transferri; *ut in annum vicesimum quintum trientes usuras ejus summæ perciperet alumnus, ac post eam ætatem sortem ipsam;* responsum fuit, intra vicesimum quintum annum defuncto alumno, transmissum esse ad hæredem ejus fideicommissum, *nam certam ætatem sorti solvendæ præstitutam videri, non pure fideicommisso relicto conditionem insertam: l. Firmio Heliodoro* 26. §. 1. *ff. quando dies legat. cedat.*

13 Usus autem atque utilitas controversiæ hujus, utrum nempe ususfructus relictus intelligi debeat, an magis proprietas cum onere fideicommissi, in eo consistit, quod, quando nudus ususfructus apparet datus, proprietas statim a morte testatoris acquisita censeatur iis, qui tunc defuncto proximi sunt, vel quos juris universi successores supremo suo designavit elogio, adeo ut, etiam si durante usufructu moriantur, proprietatem tamen & spem consolidationis ad hæredes transmittant. Quod non ita est, ubi plena proprietas cum onere fideicommissi, seu restitutionis post obitum fiduciarii faciendæ, relicta creditur: neque enim spem fideicommissi fideicommissarius, vivo fiduciario decedens, ad hæredes transmittit, sed restitutio illis fit, qui moriente fiduciario in vivis sunt; & si nulli ex his, quibus restitutio facienda erat, tunc amplius supersint, fiduciarius ab onere fideicommissi liberatus intelligitur, non inveniens cui reddat, resque ut liberas alienare deinceps potest, aut pleno dominii jure ad suos proprios transmittere hæredes: arg. *l.* 4. *ff. de aliment. vel cibar. legatis: l. si in personam* 21. *C. de fideicommissis: l. unic.* §. *sin autem* 7. *C. de caducis tollendis:* junct. *l.* 1. §. *dies autem* 2. *l. hæres meus* 79. §. *hæres meus* 1. *ff. de condit. & demonstrat. l. si cum hæres* 4. *l.* 5. *ff. quando dies legat. cedat.* Fachineus *controvers. lib.* 5. *cap.* 46. *in fine.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 143. *n.* 6. Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 47. *n.* 1. 2. 5. Responsa JCtor. Holland. *part.* 1. *consil.* 75. Leeuweu *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 8. *n.* 51. Sed & secundo, si ususfructus simpliciter ad certum tempus legatus sit, velut in quinquennium, & anno forte secundo moriatur fructuarius, protinus ususfructus, utpote morte extinctus, ad proprietatem reverti debet, nec temporis residui commodum hæredibus fructuarii acquiritur, ut dicetur latius *tit.* 4. Sed si usufructu in quinquennium legato, rogatus sit fructuarius post quinquennium restituere alteri rem fructuariam, neutiquam ante quinquennii decursum restitutio facienda est, etiamsi fructuarium anno secundo mori contigerit; sed is potius, tanquam fiduciarius fideicommisso post tempus gravatus, rem & emolumenti percipiendi jus in hæredem transmittit, donec quinquennii integri spatium elapsum fuerit:

l.

l. uxori usumfructum : 35. *ff. de usu & usufr. legato*. Wissenbach *ad Pand. vol.* 2. *disput.* 4. *thesi* 12. Quibus non est contrarium responsum Scævolæ in *l. a filia petit.* 60. §. 1. *ff. ad Senatuscons. Trebell.* cum aliam prorsus speciem contineat, nec restitutio pecuniæ in annum vicesimum, sed in tempus mortis legatarii, concepta sit; hoc uno in annum vicesimum collato, ut nempe Sempronius pecuniam in illud tempus haberet creditam sub certis usuris legatario præstandis, secundum evidentia verba.

14 Constituitur ususfructus in omnis generis rebus, quæ commerciis hominum exemptæ non sunt & usu non consumuntur: adeo ut in bonis quoque feudalibus eum constitui, nihil vetet: si modo secundum Hollandiæ usus feudales vasallus, usumfructum feudi legaturus, testandi licentiam a domino impetraverit; & usufructuarius dein ab eodem juris fructuarii confirmationem. Vide *Notabele pointen van Leenen art.* 7. & 13. *nc ibi subjunctam duplicem formulam confirmationis, quæ est antepen. & penultima, pag. mihi* 49. 50. Nec refert, utrum utilitatem adferre possint fructuario, nec ne; cum & in numismatibus & in statuis atque imaginibus ususfructus consistat; imo & in prædiis & rebus aliis, quarum ea conditio est, ut magis in eas impendatur, quam ex iis acquiratur: *l. numismatum* 28. *l. statuæ* 41. *pr.* & §. 1. *ff. h. t. l. arboris* 12. §. *de illo* 3. *l. si infantis* 55. *ff. h. t.* Confer Galvanum *de usufructu cap.* 31. Nec tantum rerum singularium, sed & omnium bonorum ususfructus concedi potest: *l. uxori meæ* 37. *ff. de usu & usufruct. legato*: *l. omnium bonorum* 29. *l. quotiens* 34. §. *ult. ff. h. t.* Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 38. ut tamen caveadum sit, ne legitimæ certis personis debitæ fraus fiat: *novell.* 18. *cap. prohibemus* 3. *l. quoniam in prioribus* 32. *C. de inoff. testam.* adde *tit. de inoff. testam.* neve ususfructus excedat dodrantis æstimationem, adeoque quarta Falcidia hæredi in proprietate instituto salva sit: *d. l. omnium* 29. *ff. h. t.* junct. *l. computationi* 68. *ff. ad leg. Falcid.* neve incurrat in dispositionem *legis hac edictali* 6. *C. de secundis nuptiis*, dum æstimatio ususfructus, conjugi secundo relicti, excederet filialem liberorum primi matrimonii portionem; computatione & æstimatione ususfructus instituta ex præscripto *d. l. computationi* 68. *ff. ad leg. Falcid.* Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 5. *defin.* 4. Peckius *de testament. conjug. lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 4. Someren *de jure noverear. cap.* 9. *n.* 1. & *cap.* 11. *sect.* 3. *n.* 1. Wissenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disp.* 19. *n.* 6. *in fine*. Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 4. *n.* 18. *pag.* 266. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 41. *quæst.* 2. & *part.* 5. *consil.* 163. *qu.* 4. Adde *tit. de ritu nupt. n.* 120.

15 Cæterum sub omnium bonorum usufructu, immobilium mobiliumque & mancipiorum & suppellectilis & calendarii ususfructus continetur: *l. uxori meæ* 37. *ff. de usu & usufr. legato*: & fungibilium omnium *vide tit.* 5. *in pr.* Census etiam annuus. Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 41. Nec interest, quo tempore bona testatori acquisita fuerint, utrum ante an post conditum testamentum, si modo mortis tempore ad testatorem pertineant: uti enim diminutio bonorum post testamentum conditum contingens diminuisset fructuarii emolumenta, ita quoque augmentum eorundem commoda fructuario adferre, rationis est: arg. *l. secundum naturam* 10. *ff. de reg. juris*. Eoque facit, quod sub hypotheca omnium bonorum futura quoque comprehensa intelliguntur: *l. ult. C. quæ res pign. dari poss.* quodque legatarius partiarius quotam consequitur bonorum, considerata quantitate quæ mortis tempore invenitur: neque causa apparet, cur hac in parte legatarium ususfructus bonorum separaremus ab eo, cui quota bonorum data, ubi de inspicienda bonorum quantitate quæstio est. Constat denique, toties, quoties legata est rerum universitas sub nomine collectivo universitatem denotante, non ea tantum legatario deberi, quæ facti testamenti tempore in ea inveniebantur rerum universitate, sed & omnia quibus postea usque ad testatoris obitum universitas rerum aucta fuit, quemadmodum diminutio vicissim legatario nocuisset; uti id in peculio, grege, domo ex cohærentibus lapidibus constante, aliisque similibus rerum universitatibus legatis manifestum est: §. *si grex legatus* 18. 19. 20. *Instit. de legatis*: *l. denique* 8. §. *ult. ff. de peculio legato*: unde & universitatem peculii, velut unum corpus, & ad instar hominis, nasci, crescere, decrescere, mori, eleganter a Papirio Frontone dictum fuit: *l. peculium nascitur* 40. *ff. de peculio*. Ac pro hac opinione stant Menochius *de præsumption. lib.* 4. *præsumpt.* 127. *n.* 28. Ant. Thesaurus *decis.* 168. Ant. Matth. *select. disput.* 8. *ad l. ult. C. quæ res pignori dari*. Wissenbach *ad Pand. vol.* 2. *disp.* 4. *th.* 10. *in fine*. Neque ratione satis firma dissentit Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 44. Quod enim ait, veste legata vel argento legato, ea tantum contineri, quæ testamenti facti tempore testatoris erant: *l. si ita esset* 7. *l. ult. pr. ff. de auro, argento mundo &c. legatis*; id ita placuit, quia non fuit in casibus istarum legum legata certa rerum universitas incrementa ac decrementa accipiens, sed potius certa corpora vestium aut argenti, quæ testator in dicta quidem lege septima demonstravit, per adjectionem vocabuli *meum*; quippe qua demonstratione, *meum*, præsens non futurum tempus ostendi, Jurisconsultus ibidem monet: in lege vero ultima per adjectionem *viatorii*, id est, argenti talis, quo in itinere & legatione usus fuerat; quod absoluto itinere *viatorium*, ab usu dictum, esse desierat, & simpliciter sub argenti genere deinceps continebatur: ex quo argenti genere rursus novus delectus fit, ubi iterum nova legatio aut iter suscipitur, nec legationis secundæ argentum viatorium dici potest idem cum priore, sed velut de novo fit viatorium, ac de novo nascitur ex patrisfamilias delectu ac destinatione. Porro si forte testator, nudam habens rerum quarundam proprietatem, universalem usumfructum legaverit, magis est ut & spem ususfructus, aliquando obventuri, credatur reliquisse, adeoque ad fructuarium etiam rerum hujusmodi ususfructus post consolidationem pervenire debeat, sive vivo testatore, sive eo demum mortuo prior ususfructus apud alium existens extinctus sit ac cum proprietate consolidatus, ni-

nisi contrarium lege municipali cautum inveniatur, de quo vide Christinæum ad *Leg. Mechlin. tit.* 16. *art.* 27. Neque enim dubium, quin nudæ proprietatis dominus usumfructum recte leget, legatario tunc acquirendum, cum proprietati accesserit, sive id vivo sive mortuo testatore contigerit, sive ante sive post aditam hæreditatem: *l. si dominus* 72. *ff. h. t.* Licet enim nemo plus juris in alium transferre queat, quam ipse habet; jure tamen singulari hic id receptum est, ut, quod nostrum non est, in alios transferamus, dum fundum habentes, alteri tamen usumfructum cedimus, observante id Paulo, in libro singulari de jure singulari: *l. quod nostrum* 63. *ff. h. t.* Ne dicam, jus illud, quod suo die ad proprietatem reverti potest, ipsius esse proprietarii si non re saltem certa spe: qui & ideo illud alteri legat aut cedit ex eo tempore, quo proprietati accessurum est; qua ratione, si proprietati nudæ in dotem datæ ususfructus deinde accesserit, responsum fuit, dotem aliam non videri, sed dotis incrementum, quemadmodum, si quid alluvione accessisset: *l. si proprietati* 4. *ff. de jure dot.* Nec ulla probabilis ambigendi ratio est, quo minus hanc ipsam dicamus fuisse testatoris voluntatem, ut talium quoque rerum ususfructus legatario obveniret; quippe qui, dum rerum seu bonorum omnium suorum mentionem fecit, adeoque nihil exclusit vel excepit, non potest non videri de his quoque cogitasse, quæ ad ipsum nudæ proprietatis jure spectabant: in quantum ea quoque res tota nostra dicitur, cujus ususfructus alienus est: *l. recte dicimus* 25. *ff. de verb. signif.* ita post Chassanæum *ad consuet. Burgund. rubric.* 4. §. 6. in verbis, *in medietate n.* 34. Christinæum *ad Leg. Mechliniens. tit.* 16. *artic.* 23. *in addit.* vers. *maritus:* Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 4. *n.* 41.

16 Sed & amplius, si tabellionem concipiamus alteri bonorum suorum legasse usumfructum; sub bonis etiam emolumentum, quod ex memoriali ipsius scriptura post ejus obitum quandoque redigetur, comprehensum censeri debet, sive illud salarium sit, quod jam fuerat defuncto debitum, sive ex exemplorum transcriptione, post mortem demum tabellionis petita ac facienda, lucellum aliquod successori speretur (quo modo & argentarios olim suas quandoque legasse rationes, Paulus indigitat: *l. quædam* 9. §. 1. *ff. de edendo*). Adeoque ut liberum fructuario sit pecuniis ita exactis in suum uti compendium, aut ex iisdem fœnori collocatis usuras suas facere; dummodo sors ipsa, quæ exacta est, usufructu finito reddatur hæredi; cum non possit fructuum numero videri venire, sed magis lapidibus ex fundo fructuario cæsis ac non renascentibus assimilanda sit, quales non cedere fructuario jure proprietatis, postea dicetur. Sande *decis. Frisic. lib.* 5. *tit.* 3. *defin.* 2. *in med.* Thomingius *decis.* 12. *n.* 11. Costalius *ad l.* 7. §. *si vir in fundo ff. soluto matrimon.* Castillo Sotomay. *de usufructu cap.* 36. *n.* 38. *& seqq.* Ant. Matthæus *de servitut. disputat.* 3. *n.* 6. dissentit Petrus Barbosa *ad l. divortio* 8. §. *si vir ff. soluto matrimon. n.* 37. *&* 40.

17 Si tamen uni testator omnium bonorum usumfructum legaverit, Mævio domum, aut aliam rem singularem, vix est, ut usufructuario cedat ususfructus rei singularis, alteri legatæ, sed potius pleno jure Mævio statim acquiretur domus dominium, nisi ex circumstantiis alia colligi posset mens testatoris. Cum enim domum fundumve legans, non nudam proprietatem, sed & simul usumfructum legasse intelligatur: arg. *l. si alii fundum* 19. *ff. de usu & usufr. legat. l. si tibi* 6. *ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum.* consequens est, ut usumfructum rei singularis legatæ credendus sit exemisse usuifructui omnium bonorum generaliter relicto; atque ita secundum axioma vulgatum per speciale fundi legatum derogasse generali ususfructus concessioni: *l. in toto jure* 80. *ff. reg. jur.* sive præcesserit generalis dispositio sive subsecuta sit: arg. *l. quotiens* 10. *C. famil. ercisc.* Neque hic admittenda eorum opinio, qui putant, inter usufructuarium universalem & rei singularis legatarium, quasi re conjunctos in rei singularis legatæ usufructu, scindi oportere rei singularis usumfructum, convenienter dispositioni *d. l. si alii fundum* 19. *ff. de usu & usufr. leg.* quam sententiam tuetur Ant. Faber *Cod. lib.* 6. *tit.* 18. *defin.* 3. Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 9. *tit.* 6. *n.* 21. 22. 23. Gratianus *discept. for. cap.* 550. Nam, ut sileam, moribus hodiernis non amplius servari id quod *d. l.* 19. cautum est, ut dictum *n.* 8. considerandum insuper, illic de duobus agi, quorum uni fundus, alteri ejusdem fundi ususfructus datus est: adeoque de casu, quo utrique in eadem re singulari jus a testatore legatum; cum ex adverso in ea hic versemur facti specie, qua uni universaliter omnium bonorum ususfructus, alteri res singularis simpliciter relicta est; inter quos nullam esse conjunctionem ratione ususfructus, ob quam ille inter eosdem scinderetur, colligi potest ex §. 1. *Inst. de usufructu:* ubi, cum testator hæredem instituisset, & Titio vel nudam legasset certæ rei proprietatem, vel nudum certæ rei usumfructum, nihil ex eo, quod legatum est, legatario decedit, aut apud hæredem quasi conjunctum ex concursu remanet; etsi institutionis titulo plenum ab initio jus in rebus hæreditariis hæredi concessum sit, unde deinceps quædam delibatio facta fuit, legati datione: *l. legatum est delibatio* 116. *ff. de legatis* 1. Gomezius *var. resolut. tom.* 2. *cap.* 15. *n.* 5. *in med.* Peckius *de testament. conjug. lib.* 5. *cap.* 24. *n.* 1. Costalius *ad l.* 3. *ff. de usufr. accrescendo, n.* 12. *& seqq.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 8. *n.* 8. *&* 9. Vide Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 47.

18 Feudalium insuper rerum usumfructum non cedere usufructuario omnium bonorum, verius est: nisi specialiter feudorum quoque mentio inveniatur, & a domino directo sit impetrata de illis testandi licentia; cum ex scriptis feudorum consuetudinibus testamentaria nulla de feudis dispositio subsistere queat: *lib.* 1. *feud. tit.* 8. *in pr.* & *lib.* 2. *tit.* 9. §. *donare* 1. & hodiernis passim moribus invaluerit, non nisi ex speciali venia directi domini, a testatore vivo impetrata, ullum valere supremum de feudis elogium. Peckius *de testam. conjug. lib.* 5. *cap.* 25. Leeuwen *cens. forens. d. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 8. *n.* 7. Responsa JCtor. Holland. *part.* 2. *consil.* 204.

Gras-

Grassus *recept. sent. §. legatum quæst.* 26. Eoque facit, quod a pragmaticis traditum, omnibus quoque bonis in dotem datis, feudalia in dubio apud nos non censeri comprehensa, de quo latius *tit. de jure dot.*

19 Nec aliud statuendum in rebus illis, quas testator, omnium bonorum usumfructum legans, possedit ut fiduciarius, quarumque restitutio ei per fideicommissum imposita est; sive res fideicommissariæ ad ipsum hæredem testatoris, usumfructum legantis, pervenire debeant, sive ad extraneum. Cum enim æris alieni loco fideicommissum sit, etiam tunc, cum ipsi instituto hæredi debetur: *l. irritum.* 8. *C. ad leg. Falcid.* necesse est, ut etiam prius patrimonio decedat, antequam ullum jus usufructus arrogare sibi possit, qui omnium bonorum usufructu honoratus est: *l. ult. ff. de usu & usufr. legato: l. usufructu* 69. *ff. ad leg. Falcid.* Maxime, cum constet, ea demum bona dici, quæ deducto ære alieno supersunt: *l. subsignatum* 39. *§.* 1. *ff. de verb. signif.* ac in dubio quisque non de re aliena sed sua legasse credendus sit: arg. *l. verbis legis* 120. *ff. de verbor. signif.* possessa autem a defuncto fideicommissaria res incipiat aliena esse eo tempore, quo ex fideicommisso restituenda venit, adeoque eodem illo mortis momento, quo & fiduciarii testamentum roboratum fuit, cœpitque jus universale usufructus ex eo firmitatem habere: *l. ult. §. sin autem* 3. *C. commun. de legatis*. Unde & ille, qui vendit vel relinquit alteri rem, ad quam restituendam ex fideicommisso obligatus est, non de suo sed alieno creditur reliquisse, ac non suum, sed alienum distraxisse: *d. l. ult. §. sed quia* 2. *C. commun. de legatis: l. unum ex familia* 67. *§. si Falcidia* 1. *in fine ff. de legatis* 2. Quibus addi potest argumentum ex *l. generali* 32. *§. uxori* 2. *ff. de usu & usufr. legato:* quemadmodum enim legato usufructu domuum, & omnium rerum, quæ in his domibus sunt, non creduntur ea contineri, quæ mercis causa parata in ædibus inveniuntur: *d. l.* 32. *§.* 2. non alia, ut opinor, de causa, quam quia merces venales ita testatoris factæ sunt, ut iterum ab eo sint abituræ: ita quoque, quia bona fideicommisso obnoxia sic cœperunt fiduciarii propria esse, ut existente conditione rursus ab eo discessura sint, ea sub omnium bonorum usufructu in dubio non comprehendisse testatorem, præsumendum est. Atque ita sentiunt Peckius *de testam. conjug. lib.* 5. *cap.* 23. *n.* 2. Peregrinus *de fideicommissis art.* 6. *n.* 9. *& seqq.* Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 9. *tit.* 6. *n.* 8. *& seqq.* Grassus *recept. sent. §. legatum quæst.* 27. Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 37. *n.* 14. *& seqq.* Aliique cit. ab Abr. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 5. *n.* 5. Nec quicquam hisce adversatur, quod nonnulli existimantes, tunc, cum ad ipsum hæredem a fiduciario institutum res ex causa fideicommissi pervenire debent, sub usufructu bonorum omnium, earundem quoque utilitatem contineri ac fructuario oportere acquiri, ajunt, inferuntque, bona hæredis nequaquam differre a bonis defuncti quantum ad facultatem de hisce disponendi, & defunctum de omnibus suis bonis disponentem etiam disposuisse de bonis hæredis, eandem cum defuncto personam constituentis; hæredem autem vi aditionis semel obligasse, ut ratam habeat defuncti voluntatem; quo modo ratiocinatur Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *tit.* 4. *defin.* 8. & plures ab eo citati; non attendentes, ita principium peti, & assumi pro fundamento id ipsum quod in quæstione est. Versamur etenim in casu, quo verba testatoris nullam usufructus in rebus fideicommissariis, hæredi restituendis, mentionem habent, ideoque quæritur, quid magis in dubio præsumendum sit: nec quid potuerit testator, sed quid voluisse credendus sit, disceptitur. De cætero nulli, jurisprudentiæ nostræ principia recte consideranti, dubium esse potest, quin testator, si velit, non modo de suis, sed & de hæredis, quin & extranei prorsus rebus, disponere possit, sive ipsas possederit cum onere fideicommissi, sive nullum ipse jus unquam habuerit in iis quæsitum, sic ut hæres tali stare teneatur voluntati, si adeundam putet hæreditatem, & vel rem præstare, si possit, vel æstimationem ejus: *§. non solum* 4. *Instit. de legatis: l. cum pater* 77. *§. cum pater* 7. *& §. Titio* 31. *ff. de legatis* 2. Cui consentaneum est, ut longe magis possit expressa voluntate id cavere, ut sub omnium bonorum usufructu, etiam rerum ex fideicommisso vel hæredi vel extraneo restituendarum utilitas fructuario acquiratur: Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 9. *tit.* 6. *n.* 8. *in pr.* Si tamen statuto cautum fuerit, ne conjuges sibi invicem inter vivos aut ultima voluntate gratificentur, nisi usufructu tenus, tantum abest, ut sub omnium bonorum usufructu, quem conjugi conjux reliquit, res quoque, ex fideicommisso restituendæ hæredi vel extraneo, comprehensæ præsumerentur; ut potius, si certiorem sequamur rationem, ne expressa quidem conjugis usumfructum legantis voluntate id effici queat: neque enim in obscuro est, hac ratione elidi eludique posse statuti vim, illis potissimum in casibus, quibus conjux extra opulentam hæreditatem, ex fideicommisso restituendam, exigui patrimonii arbiter ac moderator est. Constat utique, rei alienæ neque dominium neque usumfructum directo legari posse, sic ut ullum jus in re nasceretur legatario; sed tantum obligari hæredem, ut rem redimat, ac dein redemptæ proprietatem vel usumfructum juxta defuncti voluntatem præstet; aut deficiente redimendi facultate, æstimationem ejus: *d. §.* 4. *Inst. de legatis: l. non dubium* 14. *§. ult. ff. de legatis* 3. Probatum insuper, rem fideicommissariam, quantum ad fiduciarium & substantiam ejus attinet, alienam esse eo tempore, quo fiduciarius decedebat, atque ita fideicommissi conditio incipiebat existere. Quibus positis, inficias iri nequit, quin plus, quam bonorum suorum usumfructum conjugi leget, qui rerum ex fideicommisso restituendarum usumfructum sub bonorum suorum usufructu legato contineri disposuit, & ita hæredem obligare voluit ad minuendam proprietatem rerum, quarum solus usufructus hæredi debebat ob auctoritatem statuti decedere: naturali quippe ratione expeditum est, tunc effectu inspecto tantum detrahi atque diminui de proprietate, quantum est in onere isto præstandi usumfructum in rebus ex fideicommisso post fiduciarii obitum restituendis. Ita post Ro-

den-

denburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 4. *n.* 22. Abrah. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 5. *n.* 5. Quod ergo recentiore statuto Ultrajectino, seu novella decisione *anni* 1659. *art.* 5. cautum invenitur, reciprocum usumfructum inter conjuges relictum etiam ad bona fideicommissaria extendi, sive illa ipsi hæredi sive extraneo restituenda forent, nisi auctor fideicommissi expresse talem prohibuisset usufructus constitutionem, & non hæredi per fiduciarium instituto, sed extraneo restitutio facienda esset; id non tam ex propria usufructus legati denominatione descendit, quam potius ex eo, quod legislator Ultrajectinus illam ante coarctatam, & ad nudum usumfructum restrictam reciprocæ inter conjuges gratificationis licentiam, mutare voluit, & hactenus etiam proprietatis intuitu liberalitatem conjugalem firmare; imo talem usuifructui legato sensum atque interpretationem tribuere, extra eam, quæ voci isti alias propria ac genuina est. Unde, si non conjugi, sed alteri usufructus relictus sit, ne in Ultrajectino quidem solo fideicommissaria bona comprehendi crediderim; cum deflectentia a jure communi ac consueto juridicoque vocabulorum usu statuta strictam recipere debeant interpretationem, &, velut jus singulare contra juris rationem introductum, nequaquam ad consequentias sint producenda: arg. *l. quod vero contra* 14. *ff. de legibus*.

20 Usufructus constituti generalis effectus est, quod proprietarius, eo durante, nihil agere possit in præjudicium fructuarii, nec rei fructuariæ mutare formam, ut usufructus impediretur, aut minueretur. Vide Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 67. Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 34. Hinc licet prædio fructuario servitutem acquirere possit, quia sic melior fructuarii conditio redditur, tamen acquisitam amittere non potest; nec consentiente fructuario servitutem imponere prædio fructuario, nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat, veluti si vicino concesserit, jus sibi non esse altius tollendi ædes fructuarias: *l. sed si quid* 15. §. *ult. l.* 16. *ff. h. t.* aut nisi de mortuo inferendo agatur, favore religionis: *l. locum* 17. *ff. h. t.* Ratio autem, cur proprietarius ne ex consensu quidem fructuarii servitutem prædio fructuario imponere potuerit, hæc fuisse videtur, quod nemo servitutem imponere possit, nisi qui pleno jure dominus est, adeoque juris dominici in prædio servituro diminuendi facultatem habet, ne alioquin illis noceat, quibus in prædio servituro jus est; cui consequens erat, nec nudo proprietario illam servitutis imponendæ potestatem potuisse asseri, quoties ea fructuario damnosa foret. Et quamvis plerumque id obtineat, ut quisque, atque ita etiam fructuarius, jure suo efficaciter renunciare possit; tamen in nostro casu fructuarii consensus conferre nihil potuit ad id, ut valide proprietarius servitutem imponat fructuario nocituram; eo quod fructuarius ipse nullam servitutis prædio fructuario imponendæ facultatem habet, dum servitutis impositio alienationis species est, fructuario denegata; nemo autem consentire alienanti cum effectu potest, qui ipse alienandi potestate destitutus est: *l. eum quis possit* 165. *ff. de reg. juris*. Plane, si fructuarius vel fundi totius vel partis saltem illius, qua servitus itineris, actus, viæ, aquæductus, exercenda erit, usumfructum derelinquere ac proprietario cedere velit; negari non potest, quin tunc proprietarius, ut plenus glebarum serviturarum dominus, servitutem recte impositurus sit. Non desunt interim, quibus emendatione facta visum fuit, ita verba finalia *d. l.* 15. accipienda esse, ut sensus sit, non consentiente fructuario non posse servitutem imponi per proprietarium, inter quos est Pinellus *ad l.* 1. *C. de bonis maternis part.* 2. *n.* 74. Sed vix est, ut correctionem talem patiatur cohærens legi decimæ quintæ lex decima septima, in qua id velut singulare adnotatum, posse proprietarium consentiente fructuario locum religiosum facere, *favore religionis*, atque ita prædio fructuario imponere necessariam sepulchro servitutem aditus, ambitus, circuitus, funeris faciendi causa, sine quibus loci religiosi usus non est: arg. *l. utimur* 5. *ff. de sepulchro violato*: qualis *favor religionis* nihil efficeret, si vulgo, ac ex jure communi, proprietario liberum esset ex consensu fructuarii constituere servitutem. Vide varie sentientes apud Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 35. Galvanum *de usufr. cap.* 35. Cæterum moribus hodiernis magis placuit, insuper habita Romani juris subtilitate, proprietarium ex consensu fructuarii habere servitutis imponendæ jus, quasi fructuarius tantum videatur suo juri per consensum renunciasse eatenus, quatenus incommodum ex servitute passurus est. Groenewegen & Brunnemannus *ad d. l.* 15. *ff. h. t.* Firmatque hanc sententiam, quod proprietarius generaliter, non obstante usufructu, jus suum dominii exercere potest, quatenus fructuarii jus non læditur: nam & vendere rei fructuariæ proprietatem, & legare, & donare potest: *l. neque usufructus* 19. *ff. quib. mod. ususfr. amitt.* arg. §. *si cui fundus* 9. *Inst. de legatis*: *l. non quocumque* 82. §. *fundus* 2. *ff. de legat.* 1. *l. ult. ff. si cui plus quam per leg. Falcid. lic. leg. esse dic. l. verbis testamenti* 2. *C. de usufructu*: *l. omnes* 3. §. *ult. ff. usufr. quemadm. caveat*: *l. fundi Æbutiani* 38. *ff. de usu & usufr. leg.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 155. *n.* 4. Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 34. *n.* 8. *& seqq.* etiam proprietatis usucapionem pati: *l. locum* 17. §. *proprietarius* 2. *ff. h. t.* subinde & ea facere, quæ per consequentiam videntur ad fructuarii spectare læsionem; veluti servum jure dominicæ potestatis plenissime coercere seu castigare: *d. l. locum* 17. §. 1. *ff. h. t.* eundem ex delicto noxæ dare, sic ut usufructuario inde denegetur usufructus persecutio, quamdiu litis æstimationem non offert ei, qui noxæ accepit: *d. l.* 17. §. 2. *ff. h. t.*

21 Contra vero omnem fere utilitatem percipere potest, & suam facere, fructuarius, tum ex re fructuaria, tum ex accessionibus ejus. Quod ut manifestius appareat, per species rerum nobiliores ire libet. Ædium itaque usufructu constituto, non dubium, quin instrumentis ædium fructuarius uti cum ædibus possit: *l. sed si quid* 15. §. *proprietatis* 6. *ff. h. t.* nec non servitutibus, quæ ædibus fructuariis constitutæ sunt. Imo, etsi constitutæ non fuerint, tales tamen sint, sine quibus omnino uti non potest fructuarius, hæres easdem præstare cogendus est,

vel-

veluti luminum, si lumina desint. Plane, si cum aliquo incommodo utatur, sed utendi potestas non in totum impedita sit, nihil horum fructuario præstare hæres compellitur: *l. si is, qui binas* 30. *ff. h. t. l.* 1. *§. ult. ff. si ususfr. pet.* Sed & amplius usufructuario ædium permittendum uti hortis illis atque stabulis, qui, quæve, in continentibus sunt ædificiis, & in commodioris habitationis usum parari solent; cum dubium non sit, quin horti tales atque stabula ædium accessiones sint; adeo ut, licet horti olitorii, & stabula, quæ non in continentibus sunt ædificiis, nec ædium partes censeantur esse, nec urbanis, sed rusticis magis prædiis annumerentur, urbanis tamen velut ædificiorum partes accenseantur horti habitationis amœnioris gratia ædibus juncti; atque illa quoque stabula, quæ in continentibus ædificiis posita inveniuntur ad stabulanda inhabitantium jumenta, carpentis pensilibus aut alteri simili urbano virorum aut fœminarum delicatiorum usui destinata: arg. *l. eo jure* 4. *§.* 1. *ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contrahitur: l. urbana prædia* 198. *ff. de verbor. signif.* Et, si, legata ædium proprietate, hortus quoque legatus intelligatur, quem testator domus causa comparavit, ut amœniorem domum ac salubriorem possideret, & in quem aditum per domum habuit, tanquam ædium additamentum: *l. prædiis* 91. *§. qui domum* 5. *ff. de legatis* 3. ratio non apparet, cur non & usufructu durante, fructuarium sequeretur usus ejus. Neque ejus contrarium est in Scævolæ responso *l. ult. ff. de servit. præd. urban.* dum vult, eum, cui ædium habitatio legata est, debere pati, ut hæres per domum transeat ad hortum, juxta domum eandem positum, per quam domum semper testatori ad hortum aditus fuerat; cui consequens erat, ut horti usus in habitationis legato non fuerit comprehensus. Etenim alia quæstio est, utrum sub ædium usufructu legato hortorum quoque talium ususfructus in dubio contineatur, de quo nobis nunc sermo est; alia, utrum tunc, cum constat, solam ædium habitationem legatam esse; horti vero adjacentis usum non esse datum, habitator transitum ad hortum pati teneatur, quod unum a Scævola in *d. l. ult.* definitur, ac affirmatur; quippe qui exhibens in principio facti speciem, non dubitanter inquirit, sed ponit ac præmittit, habitationem Olympio legatam esse, quoad viveret, hortum autem & cœnaculum juxta eandem domum non esse legatum, adeoque exceptum, secundum manifestam testatoris voluntatem; eoque posito, de transitus jure disputationem orditur. Vid. Mantica *de conjectur. ult. volunt. lib.* 9. *tit.* 2. *n.* 36. Tyraquellus *de jure primogenituræ quæst.* 73. Responsa JCtor. Holland. *part.* 5. *consil.* 229. *n.* 1. Cavere interim debet ædium fructuarius, ne qua deteriorem faciat causam proprietatis, aut ipsam commutet ædium formam: ac proinde, licet lumina immittere queat, & colores, & picturas, & marmora, & sigilla, & si quid aliud ad domus ornatum pertineat, apponere, ac generaliter excolere illud, quod invenit, qualitate ædium non immutata: *l. usufructu* 7. *§. ult. l. si cujus* 13. *§. sed si ædium* 7. *ff. h. t.* tamen neque diætas transformare, vel conjungere, aut separare, ei permittitur; vel aditus posticasque vertere; vel refugia aperire; vel atrium mutare; vel viridaria ad alium modum convertere; vel altius ædes tollere, aut lumina obstruere, aut meritoria in domo facere, aut per cœnacula domum dividere; sed neque balneum ibi facere, nec id quod usibus dominicis in intima domus parte vacare solebat, elocare, ut publice lavet; nec domum ad jumentorum stationem, aut stabulum ad pistrini usum transferre, aut alteri concedere: *l. si cujus rei* 13. *§. sed si ædium* 7. *&* 8. *ff. h. t.* nec ampliare domum, nec inutilia detrahere, licet meliora repositurus; & ideo nec novum tectorium parietibus, qui rudes fuissent, imponere, etsi meliorem ita reddat domini conditionem; aliud est enim, tueri ea, quæ accepit (quod jure suo potest & debet) aliud nova facere: *l. usufructu* 7. *§. ult. in fin. & l.* 8. *l. usufructuarius novum* 44. *ff. h. t.* Denique nec ædificium, quod a defuncto inchoatum erat, consummare, etiamsi eo loco aliter uti non posset; cum ne ususfructus quidem illius partis, quæ usui apta non est, videatur constitutus: nisi in constituendo vel legando usufructu specialiter adjectum sit, ut hæc aliaque similia facere liceat: *l. usufructuarius novum* 61. *ff. h. t.* Confer Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 33. Quod si fructuarius quædam non jure inædificaverit, postea ea neque tollere neque refigere ei permittitur, sed tantum refixa vindicandi potestas est: *l. sed si quid* 15. *pr. ff. h. t.* quemadmodum nec proprietario hæredi licet villam, quam in fundo fructuario posuit, invito fructuario demolire: *l. hæres in fundo* 12. *ff. de usu & usufr. legato.*

22 Fundi vel horrei usufructu concesso, etiam eodem modo, ac in ædibus, servitutum rusticarum usus fructuario competit; usque adeo, ut & de novo per hæredem fructuario parandæ sint aut constituendæ servitutes illæ, sine quibus uti frui non posset; dum forte nullus ad fundum fructuarium aditus est; quo casu vel iter vel actum vel viam præstabit hæres, prout ususfructus perceptio vel viam desiderat, vel itinere potest contenta esse: *l.* 1. *§.* 1. 2. 3. *ff. si ususfruct. pet.* Adhæc instrumentorum usus fructuario cedit: *d. l. sed si quid* 15. *§. proprietatis* 6. *l. item si fundi* 9. *§. ult. ff. h. t.* sub quibus agri instrumentis etiam seminarium in fundo contineri, responsum est; sic ut ei & vendere ex seminario & seminare liceat, dummodo conserendi agri causa seminarium paratum semper renovet, ut, finito usufructu, domino restituatur: *d. l. item si fundi* 9. *§. seminarii* 6. *ff. h. t.* Quin & usufructu agri legato, in cujus parte arundinetum, aut salicetum, aut sylva palaris vel cædua est (quæ scilicet juxta *l. sylva* 30. *ff. de verb. signific.* succisa rursus ex stirpibus atque radicibus renascitur) recte fructuarius arundines, salices, palos, & ligna viri boni arbitratu non cædere modo, sed & vendere tanquam fructum potest; cum hæc omnia in fructu sint: *d. l.* 9. *§. ult. l. si absente* 48. *§.* 1. *l. arbores* 59. *§. ult. ff. h. t.* junct. *l. qui fundum* 40. *§. cum fundum* 4. *ff. de contrah. empt.* Aliter, quam obtineret, si non in eo agro, cujus ususfructus constitutus est, hæc crescerent, sed in vicino, unde tamen in fundum fructuarium paterfamilias palo vel salice

vel

vel arundine uti solebat; tunc enim usufructuario permissum censetur hactenus in agri fructuarii commodum ea cædere, & cæsis uti, ne tamen vendat: *d. l. 9. §. ult. ff. h. t.* Quemadmodum & ex sylva non cædua, quæ in ipsius agri fructuarii parte invenitur, in vineæ usum ac necessariam villæ refectionem succidere, atque sumere potest, quatenus fundum non facit deteriorem. Et quamvis neque arbores grandiores cædere queat, neque arborum talium violentia tempestatis exstirpatarum, sed tantum demortuarum, proprietatem sibi arrogare; ne, si totus ager sit hunc casum passus, omnes arbores auferret fructuarius; tamen ex evulsis vel vi ventorum dejectis usque ad usum suum & villæ recte feret: *l. ex sylva* 10. *l.* 11. *l.* 12. *l. agri usufructu* 18. *ff. h. t.* arg. *l. fructus* 7. *§. si fundum* 12. *ff. soluto matrimon.* ac de cætero proprietarium coget, ut reliquas tollat, si usuifructui videantur obesse: *l. Proculus* 19. §. 1. *ff. h. t.* Erroneumque est, quod a Christinæo *ad Leg. Mechlin. tit.* 15. *art.* 4. *n.* 6. & Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 9. scriptum reperitur, arborum vento dejectarum æque ac demortuarum proprietatem fructuario cedere, si alias supplantet; cum id & manifesta lege, & ratione naturali in *d. lege* 12. proposita refellatur, atque insuper Paulo displicuerit, fructuarium ad id adigi, ut in locum earum, quæ tempestate dejectæ, alias supplantet: *l. arbores* 59. *ff. h. t.* Sane, si non ususfructus *agri*, in cujus parte sylva aut arbores grandiores inveniantur, sed nominatim *sylvæ*, legatus sit, aut etiam omnium bonorum usufructu dato, sylva in bonis inveniatur, vix est, ut tam stricte aut concessiones inter vivos, aut defunctorum voluntates interpretemur, quin fructuario indulgendum sit ex sylva cædere & vendere ligna talia, quæ modico temporis spatio renasci solent, atque adeo non aliter, quam tanquam ligna cædua considerari possunt, grandioribus arboribus ultra necessariam ramentorum succisionem intactis. Cum enim a Pomponio traditum, ac ab Hadriano rescriptum fuerit, in *l. Divus* 22. *ff. de usu & habitat.* usu sylvæ legato, *fructum quoque videri legatum, quia, nisi liceret legatariis cædere sylvam & vendere, quemadmodum fructuariis licet, nihil habituri essent ex illo legato*, manifeste denotatur, usufructu sylvæ dato, cædendi jus haud fuisse denegandum. Pinellus *ad l.* 1. *C. de bonis maternis part.* 2. *n.* 59. Quid? quod nec iniquum fuerit, per sylvæ usufructuarium etiam quotannis aut certis annorum interstitiis arbores quasdam grandiores cædi ac vendi, novellis substitutis, quoties id regionis & patrumfamilias circumcolentium fert consuetudo; quippe quam, uti in aliis tum legatis tum conventionibus, ita & in utendi fruendi jure concesso, fruendique modo, servare oportet; usu hominum determinante, quid istoc in loco pro fructu habendum sit; eo modo, quo in instructo vel instrumento legato ex more regionis in dubio colligendum est, quid instrumenti veniat appellatione: *l. cum de lanionis* 18. §. *item cambos* 3. *in fine ff. de instruct. vel instrum. legato.* Deficiente autem tali more regionis, sola patrisfamilias usumfructum concedentis consuetudo in cædendo statis temporibus certo arborum grandiorum numero, nullum fructuario tribuere posset cædendi jus; cum usufructuarius boni viri arbitratu ac tanquam bonus paterfamilias ex præscripto legum frui debeat: *l. item si fundi* 9. *pr. ff. h. t. l.* 1. *ff. usufr. quemadm. caveat:* nec fruendi licentiam ex concedentis facto metiri; qui forte malo more rebus propriis ad perditionem abusus fuit, aut non eo, quo potuit modo, ac boni patrisfamilias exemplo, utilitatem ex suis quæsivit rebus: arg. *l. item si fundi*, 9. *§. ult. in fine: l. si pendentes* 27. *§. si servi* 2. *ff. h. t.* Castillo Sotomay. *de usufructu cap.* 22. Rodenburch. *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 4. *n.* 35. Nullo quoque modo datum fructuario fuit, arbores frugiferas excidere cum detrimento proprietarii; non magis, quam villam diruere: nec vice versa, si voluptuarium fuerit prædium, viridaria, vel gestationes, vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amœnas habens, easdem dejicere, ut forte hortos olitorios faciat, aut aliud quid, quod ad reditum spectat: *l. si cujus rei* 13. *§. fructuarius* 4. *ff. h. t.* Addo Castillo Sotomay. *de usufructu cap.* 25.

23. Quod si auctus alluvione fuerit ager, alluvionis quoque ususfructus ad fructuarium pertinebit: secus, quam est insula juxta fundum in flumine nata, utpote quæ, velut separatus seu proprius fundus, pleno jure domino proprietatis acquiritur: adeoque, ubi latitat incrementum, etiam ususfructus augetur; ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit: *d. l.* 9. *§. huic vicinus* 4. *ff. h. t.* (etsi de alluvione idem, quod de insula, Paulo placuerit *recept. sentent. lib.* 3. *tit.* 6. §. 22.) Aucupiorum quoque ac venationum piscationumque reditum ad fructuarium pertinere, Cassius Ulpianus ac Paulus consentiunt: *d. l.* 9. *§. aucupiorum* 5. *ff. h. t.* Paulus *recept. sent. d. lib.* 3. *tit.* 6. §. 22. si modo fundi fructus ex venatione constet: *l. venationem* 26. *ff. de usuris.* Tunc autem aucupiorum venationum atque piscationum reditum de jure Romano fuisse crediderim, cum vivarium aut piscina erat in fundo fructuario, cui animalia ac pisces includi solebant, ac eo ipso a fundi domino dicebantur possideri: *l. possideri autem* 3. §. *item feras bestias* 14. & 15. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* cui similia columbaria in fundo fructuario, unde evolare columbæ ac redire solent: *l. item si fundi* 9. §. 1. *ff. h. t.* junct. *l. Pomponius* 8. §. 1. *ff. famil. ercisc.* denique etiam, si plantationibus, fossis alioque apparatu ad anates aut aves alias pelliciendas ac capiendas fundus fructuarius instructus sit. Uti etiam his in casibus fructuarius ex ususfructus constituti jure, piscandi in piscinis potestatem habebat, & exercendi feras seu venandi licentiam in vivariis, aut aucupandi ex columbariis, vel in locis aucupio peculiariter comparatis instructisque, dummodo in vivariis ac columbariis eundem numerum per singula ferarum genera aut volatilium, finito usufructu, domino proprietatis assignet, qui fuerat tempore cœpti ususfructus: *l. usufructuarium:* 62. §. 1. *ff. h. t.* sic & jus illud alteri elocare certa mercede quin potuerit, dubium non est: *l. arboribus* 12. *§. usufructuarius* 2. *ff. h. t.* atque ita reditus venationis in fructu erat. Extra hunc casum venationem in fru-

fructu non fuisse, Julianus ait *d. l. venationem* 26. *ff. de usuris*: nec immerito; cum omnibus de jure Romano patuerit piscandi ac venandi jus: §. *ferae igitur* 12. & *seqq. Instit. de rer. divis. l. injuriarum* 13. §. *ult. l.* 14. *ff. de injuriis*. Ut tamen haud sit eundum inficias, separatum fuisse venationis intuitu fructuarium ab aliis, nullum jus in re in fundo habentibus: nam cum alii a domino proprietatis prohiberi potuerint, ne fundum ingrediantur venandi causa: d. §. 12. fructuarius ex adverso probe, ac jure suo, in saltibus ac montibus fructuariis venari potuit, a domino nequaquam arcendus: *l. usufructuarium* 62. *ff. h. t.* Vide Castillo Sotomay. *de usufructu cap.* 36. *n.* 26. 27. 28.

24 Metalla autem & cretam & arenam & lapides quod attinet, Ita jus est, ut etiam cedant usufructuario fundi; non tamen omnia, nec modo eodem: aut enim jam ruta vel caesa erant eo tempore, quo primitus nascebatur jus usufructus, aut contra. Si jam tum ruta atque caesa ex fundo fuerint, nullum omnino jus usufructuario fundi in istis quaesitum videri potest, etiamsi nondum ex fundo aut fodinis educta sint: cum eo ipso, quo a solo separata sunt caedendo aut ernendo, desierint pars soli esse, ac ne emptori quidem fundi cedere debeant, sed magis ad exhibendum de his tum venditor tum proprietarius agere possit: *l. fundi* 17. §. *si ruta & caesa* 6. *ff. de action. empt. l. in rutis caesis* 241. *ff. de verbor. signif. l. Celsus scribit* 5. §. *idem Julianus* 2. *ff. ad exhibendum*. Si vero necdum ruta aut caesa sint, sed naturaliter cohaereant, in fructu ea esse responsum est; sive fodinae hae metalli lapidis cretae similiumque ante usumfructum acquisitum inventae fuerint, sive demum usufructu jam constituto directae appareant: *l. item si fundi* 9. §. *sed si lapidicinas* 2. & 3. *ff. h. t. l. fructus* 7. §. *sed si cretifodinae* 14. *ff. soluto matrim.* Nam & fodinas, quas paterfamilias proprietarius jam instituerat, exercere potest fructuarius, & venas lapicidinarum & metallorum inquirere, ac auri & argenti, & sulphuris, & aeris, & caeterorum fodinas ipse instituere, si nihil agriculturae noceat. Imo, si forte in eo, quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis vel arbustis vel olivetis, quae fuerunt, forsitan etiam haec dejicere poterit; si quidem ei permittitur meliorare proprietatem: nisi eae, quas instituit fructuarius, aut coelum corrumpant agri (foetidis forte atque pestiferis exhalationibus protumpentibus ex apertis terrae cavernis) aut magnum apparatum sint desideraturae, opificum forte aut legulorum, quem non potest proprietarius sustinere: *l. si cujus rei* 13. §. *inde est* 5. & §. *si tamen* 6. *ff. h. t.* Adde Castillo Sotomay. *de usufructu cap.* 37. Estque in eo inter aedium & fundi usumfructum differentia, quod aedium fructuarius formam earum mutare nequeat, etsi meliora repositurus, secundum ante dicta, ne publicus urbis aspectus deformetur aedificiis disjectis: at, qui fundi habet usumfructum, id possit, cessante tunc publici aspectus favore. Gothofredus *in not. ad d. l.* 13. §. 5. *ff. h. t.* Multum interim refert, utrum lapides & metalla renascantur in fundo fructuario, nec ne. Renascentia enim fructuum loco esse, atque adeo ad instar aliorum fructuum pleno dominii jure fructuario acquiri, postquam ab eo, vel ejus nomine ruta atque caesa sunt, colligi potest ex *l. fructus* 7. §. *si vir in fundo* 13. *ff. soluto matrimon.* Sed si non renascantur, magis est, ut tum metallorum, tum lapidum eductorum, tum cretae, & arenae, & terrae cespitosae, aut fictilis effossae, proprietas proprietario cedat; & fructuarius solo talium rutorum caesorumque pretio utatur, quamdiu vivit, aut ex eo foenori collocato usuras percipiat, finito usufructu pretium, deductis impensis, proprietario redditurus: sic ut tunc in rutis caesisque quasi ususfructus fructuario intelligatur quaesitus, in quantum non ipsum illud, quod eductum est, sed ejus aestimatio restituenda est: arg. *l. si vini* 7. *ff. de usufr. ear. rer. quae usu consum.* §. *constituitur*: 2. *Instit. de usufructu*. Sande *decis. frisic. lib.* 5. *tit.* 3. *defin.* 2. & plures ab eo allegati. Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 4. *n.* 34. Leeuwen *censur. forens. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 5. & *cap.* 21. *n.* 17. Berlichius *conclus. pract. part.* 3. *conclus.* 35. *n.* 21. & *seqq.* Dati autem agri usufructu, licentia fructuario per leges indulta est, aedificium fundo fructuario imponendi, quatenus id ad fructum percipiendum necessarium est; aut casam custodiae causa: *l. si cujus rei* 13. §. *si tamen* 6. *in fine*: *l. pen. ff. h. t.*

25 In annuis reditibus vitalitiis quid juris sit, ambiguum satis, utrum totus eorum proventus fructuario cedat, an magis pars quaedam in sortem convertenda sit, & proprietario reservanda, ac usufructu finito ei reddenda. Sunt enim, quibus placuit, illam istiusmodi redituum (morte personae, cujus ossibus impositi inhaerent, evanescentium) partem, quae excedit ordinarium reditus ordinarii perpetui proventum, proprietario post finem ususfructus restituendam esse; ne, si fructuarius superstes esset ei, cujus ossibus hicce reditus inhaesit, proprietas prorsus inutilis esset proprietario, & fructuarius in universum pari cum plenis talium redituum dominis gauderet jure. Vide Rodenburch *de jur. conjugum tit.* 2. *cap.* 4. *n.* 33. *pag.* 282. & *seqq.* Sed magis tandem tum in Hollandia tum Ultrajecti obtinuit, totum reditus vitalitii proventum fructuario acquiri plenissimo & irrevocabili dominii jure. Novella decis. Ultrajectin. 14. Aprilis anni 1659. *art.* 9. ibique Abr. a Wesel *in commentariis*: Jacob. Coren *observat.* 7. Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 4. Vinnius *ad princip. Instit. h. t. n.* 2. *in fine*, Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 1. *Instit. h. t. n.* 5. sive bonorum omnium, sive tantum reditus illius vitalitii ususfructus concessus sit, cum eaedem utroque in casu militent rationes. Nec caret firmissimis haec sententia fundamentis, iisque talibus, quibus simul subvertuntur ea, quae in contrarium adduci solent. Primo etenim reditus hi vitalitii iis nequeunt rebus annumerari, quae usu consumuntur, & in quibus quasi ususfructus constituitur cum onere restituendi eandem quantitatem aut aestimationem ejus; sed magis jus ipsum reditus tales percipiendi pro sorte habendum, & annis singulis cedens reditus in fructu est; quem licet in universum absumat, aut saltem retineat fructuarius, tamen salvum manet ipsum percipiendi jus, finito usufructu rever-

versurum ad proprietarium, qui ex eo tempore omnem reditus istius habebit utilitatem, quandiu superstes est is, in cujus mortem incertam reditus vitalitii interitus collatus est. Neque quicquam hic turbat, quod fructuario vivente mori possit is, a cujus mortalitate pendet duratio talis reditus, atque tunc nihil in universum ad proprietarium rediturum sit: sufficit enim ad verum usumfructum constituendum, quod casu eveniente potuerit ad eum utilitas pervenire. Quod ut manifestius appareat, considerandum, idem in navigiorum, vestimentorum, pecorum, jumentorum ac servorum usufructu, quod in reditu vitalitio, contingere ac quotidianum esse. Quisquis navigii usumfructum habet, illud navigatum mittere potest, dummodo non imperitos navigio præfecerit, & in constituendo navigandi tempore culpa careat; quæstum tunc omnem sibi servaturus, etsi naufragii periculum immineat, & ea possit ratione accidere, ut vivo fructuario mersa navis nullam in posterum proprietario utilitatem allatura sit; quia, ut JCtus ait, navis ad id paratur ut naviget: *l. arboribus* 12. §. *navis* 1. *ff. h. t.* junct. *l. utique autem* 16. §. 1. *l. si navis* 62. *ff. de rei vindicat.* Groenewegen *ad d. l.* 12. §. 1. *ff. h. t.* Quemadmodum vestes ad id;. ut atterantur; in quibus tamen ei verus ususfructus constitutus sit, superviveus diutius fructuarius liberari potest easdem reddendo, quantumvis sine dolo malo attritas, & usui nulli deinceps futuras: *l. si ususfructus* 9. §. *si vestis* 3. *ff. usufruct. quemad. caveat.* Sed & pecorum & jumentorum & servorum verum esse usumfructum, constat; quorum tamen omnium fructus ac commoda ab incerto animalium talium atque servorum interitu dependere, in aperto est; sic ut non raro per inexpectatam eorum mortalitatem, fructuario superstite evenientem, non proprietarius tantum, sed & ipse fructuarius omni ulteriore excidat emolumenti spe. Quæ cum ita sint, absurdum videri nequit, si tota quoque annua reditus vitalitii pensio in fructuarii solius cedat utilitatem, nec utilis postea proprietario sit, casu ita eveniente.

26 Quia vero servorum & jumentorum pecorumque injecta mentio est, operæ pretium fuerit inspicere, quid horum in fructu sit, quidque in iis fructuario liceat, quid non. Partum quidem ancillæ fructuariæ in fructu non esse; operas tamen servorum ac jumentorum, & lac, & pilum, & lanam, & foeturam fructuario acquiri placuit: §. *in pecudum* 37. *ff. de rer. divis. l. in pecudum* 28. *ff. de usuris:* §. *de iis autem* 4. *Inst. per quas person. cuique acquir. l. in hominis* 3. & 4. *ff. de operis servorum:* eo excepto, quod usufructu gregis dato, non aliter fœtura ei acquiratur, quam ei grege integro edita sit. Cum enim boni viri arbitratu frui oporteat, necessitas a jure fructuario imposita est supplendi ex fœtura seu agnatis defectum gregis, inque capitum demortuorum locum alia deinceps nascitura substituendi, donec rursus ad plenum sui numerum grex auctus sit: *l. vetus fuit* 68. & *ll. seqq. ff. h. t.* Sed nec interdictum fructuario est, disciplinis vel arte instituere servum, cujus testator quasi ministerio vacuo utebatur, ut arte ejus ac peritia fruatur: *l. si pendentes* 27. §. *si servi* 2. *ff. h. t.* ministeriis quoque aliis adhibere servum, jumentumve, quam quibus ipse proprietarius solebat addicere: dummodo illud observet, ne feritate sua vel sævitia deteriorem efficiat, sive torquendo, sive flagellis cædendo, sive cicatricibus deformando, sive alia quacunque ratione modicam egrediendo castigationem: *l. sed, si quid* 15. §. & *generaliter:* 3. *l. locum* 17. §. *ex eo* 1. *in fine: l. sed sicuti* 23. §. 1. *ff. h. t.* Neve contumeliose injurioseve utatur, aut contrariis, vel interdictis, vel inusitatis ministeriis artificium ejus corrumpat: *d. l. locum* 17. §. 1. *l. si pendentes* 27. §. *si dominus* 1. & *ult. ff. h. t.* nam si librarium rus mittat, & qualum & calcem portare cogat; ei histrionem balneatorem faciat; vel de symphonia atriensem; vel de palæstra stercorandis latrinis præponat, abuti eum proprietate, Ulpianus ait *d. l. sed, si quid* 15. §. *mancipiorum* 1. *ff. h. t.* Cedit insuper Fructuario quicquid ipsius fructuarii contemplatione servo fructuario donatum, legatum aut institutionis titulo datum probari potest: *l. si servi* 21. & 22. *ff. h. t.* quasi hoc quoque ex re fructuarii quæsitum esset, quod ejus contemplatione datum fuit: arg. *l. aditio* 45. §. *ult. ff. de acquir. vel omitt. hæred.* cum alioquin hæreditatis aditio in operis servi non sit: *d. l.* 45. *pr. ff. de acquir. vel omitt. hæred.* Plura vide apud Meyerum *colleg. Argentor. ad Pand. h. t. n.* 47. & *seqq. ad finem.* Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 27.

27 Quod si ususfructus castri vel territorii cum appertinentiis (ut vulgo loquuntur) relictus sit, vel etiam ususfructus omnium bonorum, sub quibus tale castrum aut territorium comprehensum est, magis est ut cum cæteris fructibus etiam ad fructuarium, excluso proprietario, pertineat exercitium juris patronatus ecclesiastici, sive illud plenum sit, consistens in jure præsentandi, sive minus plenum, comprobationem reprobationemve electi complectens: arg. *cap. ex literis.* 7. *extra, de jure patronatus.* Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 56. n. 55. Costalius *ad l.* 7. *ff. de usufructu:* Molinæus *ad Parisiens. consuetud. tit.* 1. §. 1. *gloss.* 1. *n.* 49. & *seqq.* Vinnius *ad princ. Instit. de usufructu n.* 2. Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 1. *n.* 4. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 4. Responsa JCtor. Holland. *part.* 4. *consil.* 53. Confer Ant. Matthæum *in oratione de jure patronatus*, & Wissenbach *ad Pand. tit. ad Senatusconsult. Trebellian. vol.* 2. *disput.* 9. *n.* 19. Omnis quoque utilitas, quæ ex munerum & officiorum in eo territorio vacantium collatione redigitur, sive lege, sive more: Vinnius *d. loco:* adeo ut honoribus & muniis per fructuarium admoti non excidant munere vel dignitate per mortem fructuarii, sed in administratione post usumfructum extinctum jure perseverent (etsi alioquin facta a fructuario rerum elocatio morte ejus evanescat: *l. si quis domum* 9. §. *hic subjungi* 1. *ff. locati*) ubi enim perceptio fructuum perpetuum in fructuario effectum habet, sic ut post perceptionem illi nunquam ad proprietarium revertantur, fructuario licet mox post perceptionem moriente; sed nova fructuum percipiendorum tempestas per proprietarium expectanda est: ita quoque collationem muneris aut di-

gui-

gnitatis semel á fructuario factam, tanquam fructus civilis perceptionem, vim suam atque durationem extendere ultra fructuarii mortem, rationis est; donec vacante legitimis modis munere vel dignitate, termini habiles rursus extiterint collationis de novo faciendæ, percipiendæque inde speratæ utilitatis. Resp. JCtor. Holl. *part.* 4. *consil.* 53. Cedunt insuper fructuario census, & canon annuus, & laudimia ob alienationem aut investituræ renovationem, aut in recognitionem directi vel antiqui dominii præstanda: Ant. Faber *Cod. lib.* 3. *tit.* 23. *defin.* 6. Jul. Clarus §. *emphyteusis quæst.* 23. *n.* 5. Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 36. *n.* 45. Mollerus *semestrium lib.* 4. *cap.* 5. *n. ult.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 4. *n.* 19. Vinnius *ad princip. Inst. de usufructu n.* 2. mulctarum pœnarumque & sigilli compendia: Costalius *ad l.* 7. *ff. h. t.* Castillo Sotomayor *d. cap.* 36. *n.* 50. Vinnius *d. n.* 2. adeo ut proprietarius in fructuarii præjudicium mulctas, pœnasque, & similia, nequeat delinquenti remittere; cum secundum ante dicta nihil agere possit, aut impedire, quo minus fructuarius fructus, quantos potest maximos, boni viri capiat arbitratu: Burgundus *ad consuet. Flandr. tractat.* 10. *n. ult.* Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 5. *n.* 27. Bona quoque ob delictum publicata, si territorio jus publicandi cohæreat, sive mobilia sint sive immobilia; uti & bona vacantia; uti hæc pluribus adstruit Ant. Matthæus *de auct. d. lib.* 2. *cap.* 4. *n.* 17. 18. & 22. *in fine*. Denique etiam res adscriptitiorum seu talliabilium hominum (ut loquuntur) de quibus egi *tit. de statu hominum;* quibus dominus vel in totum vel pro parte succedit, pro vario regionis cujusque, in qua tales adscriptitii reperiuntur, jure moreve: si modo talis obventio personalis sit, id est, ex defuncti adscriptitii persona ac conditione promanans, cum talis successio non longe recedens ab ea, quæ est in bona vacantia, vere sit reditus aliquis fiscalis vel dominicus, sæpius novorum adscriptitiorum mortalitate, etsi non statis temporibus, renascens. Ita post Ant. Fabrum *Cod. lib.* 3. *tit.* 23. *defin.* 4. & 5. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 4. *n.* 22. Ipsos sane fundos quod attinet, quibus homines tales adscripti sunt, si quidem illos post adscriptitiorum, sine successoribus decedentium, mortem ad dominos redire contigerit; fructuario nequaquam eorundem proprietas cessura est, non magis quam utile emphyteusios dominium, ei emphyteusis, cujus canonem emphyteuta jure ususfructus accipit summque facit, usufructu durante finiretur; eo quod utile istud dominium, quod penes adscriptitium aut emphyteutam fuit, per consolidationem ita domino directo unitum, nunquam renascitur sive naturaliter sive civiliter, adeoque in fructu non est; cui consequens est, ut ad summum consolidati dominii utilitatem annuam, seu fructus talium prædiorum adscriptitiorum & emphyteuticariorum, fructuario, quamdiu vivit, & non ultra, asseramus: Faber *d. loco:* & Matthæus *d. c.* 4. *n.* 14. & 22.

28 His ita circa nobiliores rerum species observatis, considerandum generaliter usufructuarium fructus omnes irrevocabili jure suos facere, sive naturales sive industriales sive civiles; ut tamen naturales & industriales non aliter suos faciat, quam si ipse eos perceperit, vel alius ejus nomine, nec maturis fructibus, sed necdum a solo separatis, moriens eosdem ad hæredes transmittat: §. *is vero ad quem* 36. *Inst. de rer. divis. l. si fructuarius* 13. *ff. quib. mod. ususfr. vel usus amitt. l. in singulos* 8. *ff. de annuis legatis: l. qui scit* 25. §. 1. *ff. de usuris:* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 39. *n.* 17. D. Someren *de jure novercar. cap.* 13. *n.* 6. Quæ & ratio est, quod fructus pendentes a prædone separatos atque surreptos ex fundo fructuario, non fructuarius, sed proprietarius, tanquam fructuum istorum dominus, furtiva persequitur condictione: *l. arboribus* 12. §. *ult. ff. h. t.* quod autem hæc aliter in bonæ fidei possessore obtineant, in quantum is fructus suos facit, quam primum a solo separati fuerint, sive ipse, sive extraneus eos separaverit, sive sine cujusquam ope sponte deciderint: *d. l.* 13. *ff. quib. mod. ususfruct. vel usus amitt. l. qui scit.* 15. §. *in alieno* 1. *in fine ff. de usuris:* ejus ista ratio est, quod bonæ fidei possessor, quod ad fructus attinet, domini loco pene sit, & bona fides ei tantum præstet, quantum veritas, quoties lex impedimento non est: *l. bona fides* 136. *ff. de reg. juris: l. bonæ fidei* 48. *ff. de acquir. rer. domin. d. l.* 25. §. 1. *ff. de usuris:* & quia fructus demum separatione videntur induere propriam distinctamque fructuum naturam, dum adhuc pendentes non ut fructus, sed ut pars soli, considerantur: *l. fructus pendentes* 44. *ff. de rei vindic.* adeoque fundi possessor fructuum quoque pendentium non tam dominus, quam possessor erat; ideo ipsa separatione, qua desinebant pars fundi esse, dominium eorum possessori, perinde quasi domino fundi, mox cœpit acquiri. Contra vero nuspiam de fructuario cautum opinor, eum loco domini pene esse, ac usumfructum ei tantundem præstare, quantum præstat dominii jus: sed tantum ex jure ususfructus ei acquisitum videri potest jus percipiendi fructus ex aliena re, quæ fructuum perceptio cum in facto ejus, qui utitur fruitur, consistat: *l.* 1. *pr. ff. quando dies ususfr. leg. cedat:* consequens est, ut moriens, antequam eos per se vel alium percepisset, & ita amittens utendi fruendi jus, non potuerit ad hæredes transmittere percipiendi facultatem, atque adeo nec ullum jus in fructus pendentes. Neque id, quod de fructibus maturis, sed adhuc pendentibus, ad hæredes fructuarii non transmittendis, jus Romanum statuit, ratione caret; cum etiam usufructu legato, si pendentes fructus jam maturos reliquisset testator, fructuarius eos laturus esset, si die legati cedente, adhuc pendentes deprehendisset: *l. si pendentes* 27. *ff. h. t.* Garsias *de expens. & melior. cap.* 11. *n.* 60. Responsa JCtor. Holl. *part.* 4. *consil.* 256. Jac. Coren *consil.* 19. *n.* 38. *& seqq.* Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 8. *n.* 9. *in fine:* usque adeo, ut si hæres scriptus ob hoc tardius adeat, ut tardius ad legatum ususfructus perveniretur, atque ita ipse fructus maturos a solo separet, hos ipsos quoque fructuario teneatur præstare, ne ex mora sua cum alterius detrimento lucretur: *l. si ususfructus* 35. *l.* 36. §. *ult. l. quod si hæres* 47. *ff. h. t. l. uti frui* 5. §. *si*

post 4. *ff. si ususfr. pet.* arg. *l. si quis rogatus* 53. *pr.* & §. 1. *ff. de fideicomiss. libertat. l. cujuscunque* 60. *ff. h. t.* Idemque est, si stipulanti ususfructus promissus sit, & mora in eo constituendo aut patientia fruendi præstanda committatur: *l. quæsitum est* 57. *ff. h. t.* Confer Donellum *comment. jur. civil. lib.* 10. *cap.* 9. Interim meminisse oportet, sive fructuarius percipiat fructus tempore eo, quo moriebatur testator & dies legati cedebat, pendentes, sive fructuario moriente fructus pendentes ad proprietarium revertantur, utroque in casu fructus non intelligi, nisi qui supersunt, deductis impensis, quæ quærendorum, cogendorum, conservandorumque eorum gratia fiunt; sic ut ipso jure ex his contingat diminutio fructuum: *l. si a domino* 56. §. *ult. ff. de petit. hæred. l. quod in fructus* 46. *ff. de usuris: l. fructus* 7. *ff. soluto matrimon. l.* 1. *C. de fructib. & litium expensis:* ac proinde necesse est, eum, qui fructus suos faciet, has omnes ei refundere, qui eas fecit, hæredive ejus: Garsias *de expensis d. cap.* 11. *n.* 60. Costalius *ad l.* 7. §. *quoniam* 2. *ff. h. t.* Christinæus *ad Leg. Mechlimens. tit.* 15. *art.* 5. *n.* 6. Peckius *de testam. conjug. lib.* 5. *cap.* 24. *n. ult.* Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 37. *Instit. de rer. divis. n.* 1. *vers. licet:* Responsa JCtor. Holl. *d. part.* 3. *consil.* 256.

29 Nil autem refert, maturos fructus perceperit fructuarius, an immaturos, si modo usum præbere solebant, & a bono ac diligente patrefamilias, antequam maturuerint, separari; ut in olea immatura lecta, sylva cædua, fœno immaturo, similibusque contingit: neque enim maturitas naturalis hic spectanda est, sed id tempus, quo magis colono, aut fructuario, dominove, eum fructum tollere expedit: *l. si absente* 48. §. 1. *ff. h. t. l. pen. ff. de usu & usufr. legato.* Quibus non adversatur, quod ex lege Aquilia teneri dicitur, qui olivam immaturam decerpserit, vel segetem desecuerit immaturam, vel vineas crudas *l. si servus* 27. §. *si olivam* 25. *ff. ad leg. Aquil.* Distinguendum etenim inter maturitatis gradus: nam si olea sic immatura sit, ut neque decocta adeoque caduca prope sit, neque apta pressioni, actioni ex lege Aquilia locus est: at si decocta quidem non sit, nec proxima perniciei, idonea tamen, quæ in usus hominum more boni patrisfamilias exprimatur, nec actio legis Aquiliæ danda est, nec in boni patrisfamilias officium impingit fructuarius, eandem a solo sic immaturam separando: arg. *d. l.* 27. §. 25. adde D. Noodt *tract. ad leg. Aquil. cap.* 17.

30 Fructus civiles quod attinet, puta pensiones, si quidem illæ solvantur ex re singulis momentis usum præbente, veluti ædificio, aut servo vel jumento, anni postremi pensiones pro rata temporis, quo constitit eo anno ususfructus, inter proprietarium & fructuarium dividendæ sunt: *l. si operas* 26. *ff. h. t.* Idemque in usuris statuendum, si nominum, seu sortium fœnori collocatarum, ususfructus legatus sit; cum & pecunia quotidie suum usum, adeoque fructum civilem habeat, & usuræ vicem fructuum in multis obtineant: arg. *l. uxori fructu* 24. *ff. de usu & usufr. legato:* junct. *l. usuræ* 34. *ff. de usuris.* Sed si pensiones percipiantur ex re, statis tantum temporibus utilitatem ferente, toties fructuario hæredive ejus in totum cessuræ sunt, quoties iisdem jam a solo separatis ususfructus extinctus est; etsi necdum dies extiterit, quo pensiones ex more regionis debebant inferri: proprietario vero in totum, si fructibus adhuc pendentibus jus ususfructus finem acceperit: *l. defuncta fructuaria* 58. *ff. h. t.* Cujus definitionis ea ratio est, quod surrogatum sapit naturam ejus, cui surrogatum est, atque adeo jure eodem, quo fructuum ipsorum acquisitio regi debebat, surrogatam quoque in locum eorum pensionem censeri oportuit. Cum ergo certi juris esset, ædium rerumque similium in dies usum præbentium utilitatem fructuario obventuram fuisse usque ad ipsum ususfructus interitum, ac deinceps proprietario, si non fuissent elocatæ; æquæ etiam æquitatis & rationis fuit, dividi pro rata temporis conventam mercedem. Rursus, cum agri fructus separatos plenissimo jure fructuarius suos faciat, utcunque post separationem confestim decedat, nullos vero fructus tempore ususfructus finiti pendentes aut sibi acquirat aut secundum ante dicta transmittat in successores; iniquum fuisset, pensione fraudari eum, cui citra elocationem totus cessisset agrorum proventus. Præsertim, si consideres, a mero fructuarii arbitrio pendere, utrum ipse fructus colligere aut uti rebus velit, an pacta mercede frui, etiamsi rei jam locatæ nsumfructum adeptus sit; cum ei, tanquam successori particulari, licentia fuerit a jure data conductorem ante tempus expellendi: *l. arbores* 59. §. 1. *ff. h. t.* Neque hanc circa fructus civiles distinctionem turbat, quod soluto matrimonio fructus rerum omnium dotalium, sive ædium, sive agrorum, inter maritum & uxorem dividi placuit pro rata temporis, quo matrimonium duravit: *l. fructus* 7. §. *Papinianus* 1. *ff. soluto matrimonio:* qua forte motus Hugo Grotius pensiones agrorum inter proprietarium quoque & fructuarium dividendas censet: *Manuduct. ad jurisp. Holl. lib.* 2. *cap.* 39. *n.* 18. Illud enim ideo receptum constat, quod æquum fuerit, dotis fructus nec breviore nec longiore tempore marito acquiri, quam quo is onera matrimonii sustinuisset; quippe quorum onerum ferendorum sola consideratione dotes datæ: Adde Castillo Sotomay. *de usufr. cap.* 77. 78. 79. Christin. *ad Leg. Mechl. tit.* 13. *art.* 5. Donellum *comment. jur. civilis lib.* 10. *cap.* 9. Vinnium *ad* §. 36. *Instit. de rer. divis. n.* 5. Jac. Coren *consil.* 19. *n.* 44. & *seq.* Responsa JCtor. Holl. *part.* 1. *consil.* 133. *quæst.* 2. *part.* 2. *cons.* 19. *quæst.* 4. & *part.* 3. *vol.* 2. *cons.* 120. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 20.

31 Cum vero supra traditum fuerit, mulctas, pœnas, commoda ex investituræ renovatione, emphyteuseos venditione, ministeriorum, honorum, dignitatum collatione in fructu esse, dicendum videtur, in hisce & similibus non delicti perpetrati, nec accusationis institutæ, nec aperti feudi, aut honoris vel beneficii ministeriive vacantis, vel emphyteuseos divenditæ, tempus spectandum esse; sed potius condemnationis in pœnis mulctisve, renovatæ investituræ in feudis apertis, confirmatæ venditionis in emphyteusi per acceptationem laudemii, realis denique collationis beneficiorum aut ministeriorum va-

can-

cantium, an scilicet tunc fructuarius in vivis sit, & ususfructus adhuc perduret, ut inde commoda sparata lucretur; prius vero mortuus, vel usufructu exutus, nullum ipse lucrum inde capiat, aut ad suos transmittat hæredes. Omnia namque generis hujusce commoda, non quotidia aut singulis momentis, sed, prout occasio tulerit, obvenientia, quamdiu acquisita seu percepta non sunt, non inepte fructibus pendentibus assimilaveris, quos post finitum usumfructum neque fructuario cedere, neque ad hæredem ejus transire, jam ante observatum est. Scilicet, accusare reum pro obtinenda pœna mulctave, litem pro laudemiis aliisque commodis movere, sementis est; messem sententia judicis & executio ejus facit: Burgundus *ad consuet. Flandriæ tract.* 10. *n.* 11. Petrus Barbosa *ad l. divortio* 8. §. *si vir ff. soluto matrimon. n.* 44. Ant. Matthæus *de auctionib. lib.* 2. *cap.* 4. *n.* 23. & plures alii ab eo allegati: etsi de renovatione investituræ & similibus dissentiat Molinæus *ad consuet. Parisiens. tit.* 1. §. 1. *gloss.* 1. *n.* 49. *& seq.*

32 Cæterum quid usufructuario liceat circa res fructuarias, maxima ex parte ex commodis recensitis jam innotuit: neque dubium, quin rei fructuariæ possessionem penes se constitui, recte petat: *l. cujuscunque* 60. §. 1. *ff. h. t.* ac alteri quoque rem fructuariam possit fruendam concedere, sive vendendo, sive locando, sive precario vel commodato concedendo; cum & qui locat, & qui vendit, & qui gratis concedit, utatur: *l. arboribus* 12. §. *usufructuarius* 2. *ff. h. t. & passim:* dummodo meminerimus, & locationem & omnem aliam concessionem usufructu finito resolvi, etsi in longius tempus factam: *l. si quis domum* 9. §. *hic subjungi* 1. *ff. locati.* Quod tamen in agris ædibusque apud nos cum eo temperamento accipiendum videtur, ut non protinus intempestivo tempore conductor excedere jubeatur, sed prævia matura denunciationa, spatioque congruo, quo sibi de alia colonia vel habitatione prospiciat, intermedio, statis pro more regionis temporibus emigret: Responsa JCtor. Holland. *part.* 4. *consil.* 51. Pignori quoque obligare usumfructum suum, fructuario datum est: *l. si is, qui* 11. §. *ususfructus* 2. *l. & quæ nondum* 15. *ff. de pignor. & hypoth.* nam & fructus rei est vel pignori dare licere: *l. fructus rei est* 72. *ff. de reg. juris: l. ult. ff. de usuris:* &, si forte judiciali sententia creditoribus suis condemnatus sit, ipsum etiam usumfructum pignori capi judicati exsequendi causa, nihil vetat, ut percepti vivo fructuario fructus in judicati cedant exsolutionem; idque exemplo rerum fideicommisso obnoxiarum: arg. *l. peto* 69. §. *prædium* 1. *ff. de legatis* 2. *l. Statius Florus* 48. §. *ult. ff. de jure fisci.* Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 32. *defin.* 21. Berlichius *conclus. pract. part.* 1. *conclus.* 80. *n.* 26. nisi testator usumfructum legans nominatim vetuisset, ne pro ære alieno anteriore ususfructus obnoxius sit; cum talem quisque rei suæ legem dicere possit, qualem voluerit; quoties lex impedimento non est. Leeuwen *censur. forens. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 14.

33 Arcere insuper omnia potest, quæ usumfructum impediunt, rebusve fructuariis damnum videntur allatura. Atque ita, si novo opere cœpto noceatur a vicino, vel procuratorio nomine novum opus nunciare potest, vel usumfructum vindicare ab eo, qui opus novum parat; quæ vindicatio præstabit ei quod ejus interfuit, opus novum factum non esse: *l.* 1. §. *ult. ff. de operis novi nunciat.* sive novum opus faciat vicinus, sive ipse proprietarius. Etsi enim proprietario ipsi nequeat fructuarius novum opus nunciare: *l.* 2. *ff. de operis novi nunciat. l. un.* §. *pen. ff. de remission.* usumfructum tamen vindicare potest, quoties jus ususfructus a proprietario lædi constat: *d. ll.* quippe cui neque ædificia fructuaria altius invito fructuario tollere licet; neque areæ fructuariæ ædificium imponere: *l. usufructu* 7. §. *rei* 1. *ff. h. t. l. repeti* 5. §. *ult. ff. quib. mod. ususfr. amit.* neque, si fructuariis ædibus alias vicinas habeat, altius tollendo luminibus ædificii fructuarii in totum officere, licet modice obscurare non prohibeatur, salvo eo lumine, quod viri boni arbitrio potest habitantibus sufficere: *l. si is, qui bina* 30. *ff. h. t.* Adde Groenewegen *ad l.* 3. *ff. de operis novi nunciat.* Sed & damni infecti cautionem a vicino fructuarius recte exigit, si ædibus fructuariis damnum immineat, sic ut etiam mitti eum in possessionem ædium ruinosarum, damni infecti causa, placuerit; & jure dominii possessarum ædes, si perseveretur non caveri: usque adeo, ut ne finito quidem usufructu ruinosas ædes fructuarius restituere cogatur: *l. qui bona* 15. §. *superficiarium* 8. *ff. de damno infecto: d. l.* 7. §. 1. *ff. h. t.* Denique nec dubitandum videtur, quin fructuarius, præsertim illa, cui bonorum omnium ususfructus constitutus est, quique patientia proprietarii jus ususfructus jam quasi possidere cœpit, hæreditarias actiones possit etiam sine speciali proprietarii mandato exercere, si non directo, at saltem per consequentiam: sive enim res hæreditariæ ab aliis possideantur, ipse usumfructum vindicando haud dubie earundem avocabit possessionem, ut frui liceat: *l. cujuscunque* 60. §. 1. *ff. h. t. l.* 1. *l. uti frui.* 5. §. *utrum* 1. *ff. si ususfruct. pet.* sive æs alienum exigendum sit, recte debitores hæreditarios ad solutionem interpellat; sortesque fœnori collocatas reposcit, quoties labi facultatibus debitores deprehendit; si modo tunc cautionem præstet, in rerum fungibilium usufructu adhiberi consuetam, uti id non obscure innuitur *l.* 1. *C. h. t.* in qua, dum Impp. Posidonio rescribunt; *si ususfructus omnium bonorum testamento uxoris marito relictus est; quamvis cautionem a te prohibuerit exigi, tamen non aliter a debitoribus solutam pecuniam accipere poteris, quam oblata secundum formam senatusconsulti cautione;* nihil aliud ad id; ut fructuario recte per debitores solvatur, desiderant, quam ut cautio fructuaria de restituendo, quæ perperam fuerat testamento remissa, interponatur. Altum sane de proprietarii mandato silentium est: nec in specie *d. l.* 1. id recte supposueris; cum, posito exigendi vel accipiendi mandato, inepti essent Imperatores, non aliter, quam *cautione oblata* solutionem admittentes; quippe quæ vi mandati non fructuario tantum non caventi jure tutoque fieri posset, sed & alteri cuivis nullum jus ususfructus habenti. Parum facit in contrarium, quod

quod fructuarius procuratorio nomine novum opus nunciare dicitur: *l.* 1. §. *ult. ff. de operis novi nunciat.*: unde concludendum videbatur, ad agendum mandato opus esse, sine quo procurator non est. Etenim primo quidem ex eo, quod procuratorio nomine nunciare dicitur, non satis mandati specialis per proprietarium interponendi necessitas evincitur; cum eo ipso, quo quasi possessio ususfructus fructuario per cessionem aut patientiam proprietarii quæsita est, in rem suam procurator censeri debeat constitutus, ad agenda universa, quæ ad rei fructuariæ tendunt conservationem: arg. *l.* 1. §. *ult. & l.* 2. *ff. usufructuar. quemadm. caveat*: & vulgo DD. notante ac frustra dissentiente Pinello *ad l.* 1. *C. de bonis maternis part.* 2. *n.* 16. & 68. *in med.* Sed & secundo non inepte responderis, id in novi operis nunciatione singulare esse, quod non suo sed procuratorio nomine nunciat fructuarius; eo quod nunciatio ista odiosa prorsus est, tanquam species executionis, judicialem causæ cognitionem antecedentis, dum prohibetur adversarius, ne in opere cœpto pergat, donec de jure constiterit, a qua executione rarius, & non promiscue per quemvis, sed per dominum vel alium domini mandatum habentem, videbatur inchoandum: unde &, licet regulariter procurator de rato non caveat, novi tamen operis nunciationem faciens cautione de rato gravatur, dum forte generali quidem, at non speciali mandato de nunciatione operis novi facienda instructus est; quo modo accipio *l. de pupillo* 5. §. *qui procuratorio* 18. *ff. de operis novi nunciat.* De cætero in ipsa *l.* 1. §. *ult.* jurisconsultus haud diffitetur fructuarium suo quoque nomine actionem habere, puta ipsius ususfructus vindicationem, ad consequendum id, quod ejus interfuit, opus novum factum non esse: Vide Fachineum *contrcv. lib.* 12. *cap.* 55. Argentræum *ad consuet. Brit. art.* 436. *n.* 2.

54 Adstructa fructuario hac agendi licentia, consequens est, ut, ubi opus fuerit, jure petere possit a proprietario editionem tabularum & instrumentorum talium, quibus ad litem adversus extraneos instruendam defendendamve egere dignoscitur: nam, etsi rerum fructuariarum detentio ad fructuarium pertineat, ut ante dictum, non tamen tabularum & instrumentorum asservatio; quippe quam penes eum esse, cujus primario interest, adeoque in nostro casu penes proprietarium, colligi potest arg. *l. cæteræ* 4. §. *ult. ff. famil. ercisc. l. instrumenta* 24. *C. de fideicommiss.* Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 59. *n.* 29. Carpzovius *defin. for. par.* 3. *constit.* 13. *defin.* 8. *in fine*. Costalius *ad l.* 48. *ff. de act. empti in fine*.

55 Vidimus, quæ commoda quærantur fructuario: restat ut, quæ onera eundem sequantur, tractemus. Impensas quidem in arationem, sationem, & generaliter eas, quæ fructuum quærendorum cogendorum conservandorumque gratia fiunt, non proprietarium sed solum fructuarium gravare, expeditum est; cum secundum ante dicta fructus, nisi deductis hujuscemodi sumptibus, haud intelligantur: *l. si a domino* 36. §. *ult. ff. de petit. hæred. l. quod in fructus* 46. *ff. de usuris*: *l. fructus* 7. *ff. soluto matrimon.* Et, quia mulctarum pœnarumque compendia, & laudimia, atque alia plura his similia, in fructu esse supra demonstratum est, magis est, ut fructuarius quoque impensas subeat litium, ad hæc omnia obtinenda motarum; quin & earum, quæ pro defensione jurisdictionis, non in universum sed in actu hoc vel illo singulari turbatæ, susceptæ sunt. Prolixe Ant. Matthæus refellens Ant. Fabrum dissentientem, *de auction. lib.* 2. *cap.* 5. *n.* 24. 25. 26. Plane, si non de fructibus, aut quæ fructuum loco habentur, nec de jure ususfructus litem fructuarius exercuerit, sed de ipsa rerum proprietate, dum alius forte res fructuarias, ut suas vindicabat, aut jus pignoris vel prædialis servitutis sibi in fundo fructuario ajebat constitutum, aut debita a morosis & tergiversantibus debitoribus litis interventu exegit fructuarius, interim quidem impensarum talium necessariarum onus subit, cum omnem interim ferat rerum utilitatem, sed finito usufructu erogata deducet ipse, vel hæres ejus, quasi per impensas tales minore reddito cumulo rerum fructuariarum; perinde ut impensis necessariis ipso jure dotis diminutionem contingere receptum fuit, quoties non ad præsentis anni frugum, sed ad perpetuam rei utilitatem factæ sunt: arg. *l.* 1. 2. 3. 4. 5. *ff. de impens. in rem dot. factis*: *l.* 1. §. *impensæ* 4. *ff. de dote prælegata*. Pinellus *ad l.* 1. *C. de bonis maternis part.* 2. *n.* 68. Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 15. *art.* 2. *n.* 9. 10. Quod enim pater usumfructum legalem habens in bonis adventitiis filiorumfamilias jussus est a Constantino Imperatore *sumptus ex fructibus impigre facere*, quoties id, quod filiis jure debetur, judicio poscendum est, aut litem inferentibus resistendum: *l.* 1. *C. de bonis maternis*, non illud eo jure ususfructus descendit; sed magis, quod pater idem & fructuarius esset, & legitimus simul adventitiorum administrator, imo ante dictam Constantini constitutionem dominus bonorum ex matris successione ad liberos devolutorum; quod dominium dum per *d. l.* 1. patri ademptum fuit, reservatum nihilominus quantum ad litis impensas antiquum jus, quasi adhuc solidum perfectumque ei dominium quæsitum esset: *d. l.* 1. Confer Pinellum *d. loco*, Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 55.

56 Illud extra dubium est, quoniam omnis rei fructus ad fructuarium pertinet, modicam quoque refectionem ad eum spectare, ut rem tueatur eo in statu, in quo accepit: *l. usufructuarius* 44. *ff. h. t.* cui consequens est, ut & adserere vites ac arbores cogatur in seminario, vel in locum demortuarum substituere; & agrum proscindere & aquæductus conservare: *l. usufructu* 7. §. *ult. l. item* 9. §. *seminarii* 6. *l. si cujus rei* 13. §. *de præteritis* 2. *l. agri* 18. *ff. h. t.* & sarta tecta ædificia habere, idque non in necessariis tantum, sed & in voluptatis causa paratis, velut tectoriis & pavimentis: *l. usufructu* 7. §. 2. & 3. *ff. h. t. l. eum* 7. *C. h. t. l. si domus* 18. *ff. de usu & habitat.* jumenta servosque sufficienter alere & vestire, secundum ordinem & dignitatem mancipiorum, imo & valetudinem eorum curare: *l. sed si quid* 15. §. *sufficienter* 2. *l. sicut* 45. *ff. h. t.* nisi testator voluerit, ut hos omnes sumptus subiret: arg. *l. si extraneo* 46. §. 1. & *l.* 47. *l. usufructu* 52. *ff. h. t.* Si quæ tamen ve-

vetustate corruant, quorum instauratio graviorem esset sumptum desideratura, reficere non cogitur *d. l. 7. §. 2. ff. h. t.* sed si utiliter refecerit, haud dubium, quin in id erogata jure reposcat. Adde Wesel *de connub. bonor. societ. tract. 2. cap. 2. n. 169. & seq.* Castillo Sotomayor *de usufructu cap. 56. 57.* Eoque pertinere existimo, quod a Paulo traditum in *l. 1. §. 1. ff. de servit. præd. urban.* si usufructus tuus sit ædium, proprietas mea, quæ onera vicini sustinere debeant, mecum in solidum agi posse, tecum nullo modo; quasi hæc quoque refectio parietis excederet fructuum rationem. Sane, si id quod vetustate corruptum est, reparatione indigeat, ut fructuarius re fructuaria uti frui possit, veluti, cum villa restauranda est, cogendis ac conservandis fructibus necessaria, magis est ut hujus ædificationis necessariæ impensa non proprietarium sed fructuarium gravatura sit: *l. Titius Mævio 50. ff. h. t.*

37 Præter modicam refectionem, alia insuper onera fructuarius agnoscit: qualia sunt stipendia vel tributa, vel indictio temporaria, vel salarium, sive solarium, vel alimenta ab ea re relicta; ut &, si quid cloacarii nomine debeatur, vel si quid ob formam aquæductus, quæ per agrum transit, pendatur; vel si quid ad collationem viæ, aut ob transitum exercitus ex fructibus præstandum sit; vel si qua fructuum pars municipio pro more regionis viliore pretio sit addicenda: *l. usufructu 7. §. quoniam 2. l. si pendentes 27. §. si quid 3. l. usufructu relicto 52. ff. h. t.* (in qua l. 27. §. 3. in fine recte legi *fusiones*, easque idem esse cum indictionibus, notat Rævardus 3. *varior. cap. 13.*) Quibus consentaneum est, ut & reficiendi aggeris onus fructuarium gravet, etiamsi is aliqua sui parte perruptus fuerit, subsederitve, ut propterea nova quadam indictione opus sit: arg. *l. quæro 28. ff. de usu & usufr. legato.* Confer responsa JCtor. Holl. *part. 1. consil. 57. quæst. 5. & consil. 135. qu. 3.* Sed & census aut canonis præstatio, quoties agri censualis aut emphyteuticarii ususfructus est. Idemque in reditibus fundorum aliis mere realibus probandum. Alios sane reditus quod attinet, pro quorum præstatione personalis obligatio est, & simul prædia sive rustica sive urbana pignoris jure devincta, eorum onus agnoscere non tenetur is, cui prædii talis ususfructus singularis constitutus est; cum etiam in ipsa rerum proprietate legata ita jus sit, ut hæres pignus luere debeat, & ita rem legatario præstare liberam a pignoris obligatione: *§. sed & si 5. Instit. de legatis.* Responsa Jurisc. Holl. *part. 4. consil. 391.* Aliter quam obtineret in eo, cui bonorum omnium ususfructus datus: quippe qui reditus omnes a defuncto debitos, etsi mere personales, quin & ipsos vitalitios a defuncto promissos exsolvere ex fructibus obligatus est. Responsa JCtor. Holl. *part. 2. consil. 61.* Quin & alimenta, quæ defunctus debuit, quoties ad hæredem transit alendi onus: denique & legata annua, si modo fructus ad ea sufficiant: *l. ult. §. sin autem æs 4. vers. sin autem legata C. de bonis quæ liberis.* Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 146. n. ult.* Neostadius *Curiæ Holl. decis. 11. in fine.* Responsa JCtor. Holl. *part. 1. consil. 57. quæst. 4.* ut ita, quem universa hæreditatis commoda renascentia sequuntur, omnesque reditus ac ipsi quoque vitalitii, secundum ante dicta, eadem similia incommoda atque onera vicissim graveut: arg. *l. secundum 10. ff. de reg. juris: d. l. 7. §. 2. pr. ff. h. t.*

38 Non tamen fructuarium gravant insolita tributa graviora fructibus haud proportionata; puta, quæ ab hostibus irruptionem facientibus, & ferro flammaque cuncta vastantibus, incendii terrore injecto extorta sunt; aut in exsiccationem agrorum jam tempore longiore a mari occupatorum, novoque aggere cingendorum, erogata; quippe quæ omnia licet ab initio expendere fructuarius teneatur, quasi diminutis hactenus rebus, quarum ususfructus constitutus est, finito tamen usufructu deductio earum vel repetitio ei haud videtur deneganda; ne, si hæc fructuario imputaveris, eveniat, ut ususfructus ei inutilis sit, ne plurium quidem annorum proventu damna talia valente sarcire. Et sane, si ea, quæ vetustate corruerunt, fructuarius suo non cogatur sumptu reficere, quasi id egrederetur fructuum rationem: *l. usufructu 7. §. quoniam 2. ff. h. t.* etiam non est, quod impensas superiores, quibus ædes a plenario vindicantur interitu, agrique quasi a suis repetuntur initiis atque origine, fructuarii dispendium fore arbitremur. Adde Christinæum *ad Leg. Mechlin. tit. 15. art. 2. n. 10.* Castillo Sotomay. *de usufructu cap. 57.* Et in hanc facit sententiam, quod traditum ab interpretibus, graviorem impensam in res dotales factam, & in specie hanc, de qua nunc sermo est, soluto matrimonio per maritum oportere deduci, cum fructibus haud compensandam. Wesel *de connub. societ. tract. 2. cap. 3. n. 17. & seqq.* Facit denique, quod neque vicesima hæreditatis pars, fisco debita nomine collateralis (quod ajunt) successionis, neque centesima aut ducentesima patrimonii, toties hoc nostro seculo ad sublevandas fisci angustias & tolerandos belli sumptus depensa, ex fructibus exsolvenda sit, sed fructuarius eas inchoante vel durante usufructu solutas, eodem finito jure reposcat, secundum id quod Hollandis placuit *edictis de quadragesima & vicesima art. 6. vol. 1. placit. Holl. pag. 1955. & interpret. edicti de nummo 100. & 200. anno 1674. 28. Julii, vol. 3. pag. 1070.* Quo modo etiam laudemia pro investituræ renovatione præstanda non ad fructuarii sed proprietarii onus spectare, si alteri proprietas, alteri ususfructus fendalium legatus sit, placuit Chassanæo *ad consuet. Burgund. rubr. 3. §. 1. in verb. propter debitum, circa fin. versu sed quis teneatur facere:* de quo tamen contra sentientem vide Molinæum *ad consuet. Parisiens. tit. 1. art. 33. gloss. 1. n. 155. 156. 157. 158. & 159.*

39 Quod si is, qui ædium aut fundorum sive publicorum sive privatorum usum in quinquennium conduxerat, eorum usumfructum alteri leget, legatarius quidem hisce utetur fruetur, durante tempore conductionis; sed pensionis annuæ onus haud subit, quippe quam hæres præstare tenetur: *l. quatuor 30. §. qui hortos 1. ff. de legatis 3.* arg. *l. ei cui 16. 17. & 18. ff. de liberat.*

40 Sed & illud extra dubium est, usufructuarium nul-

nullatenus ad æs alienum defuncti, usumfructum legantis, ex fructibus exsolvendum obligari: sed potius id ipsum, cujuscunque generis sit, ac vel in funus erogatum, primo ex rebus omnibus deducendum esse; tum deinde in iis, quæ supersunt, usumfructum demum fructuario videri quæsitum; cum bona non intelligantur, nisi quæ deducto ære alieno supersunt: *l. ult. ff. de usu & usufr. legato: l. usufructu* 69. *ff. ad leg. Falcid. l. ult. §. sin autem* 4. *C. de bonis quæ liberis:* arg. *l. subsignatum* 39. *§.* 1. *ff. de verb. signif. l. mulier bona* 72. *ff. de jure dot.* Sande *decis. Frisic. lib.* 5. *tit.* 3. *defin.* 1. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 146. Pockius *de testam. conjug. lib.* 5. *cap.* 24. *n.* 6. D. Someren *de jure novercarum cap.* 8. *n.* 4. Wesel *de connub. societate tract.* 2. *cap.* 5. *n.* 94. 95. responsa JCtor. Holland. *part.* 1. *consil.* 57. *quæst.* 4. & *part.* 2. *consil.* 61. Quibus consentaneum est, ut si fructuarius pensitationes, tributa, census, aliaque onera realia, rebus fructuariis incumbentia, quorum dies jam vivo testatore cessit, durante usufructu solvere coactus fuerit (ut cogi potest, arg. *l. cum possessor* 5. *§. ult. ff. de censibus: tit. Cod. sine censu & reliquis fundum alienari non posse*) finito usufructu velut defuncti æs alienum, a se exsolutum, jure desideret sibi reddi: arg. *l. Imperatores* 7. *ff. de publican. & vectigal.*

4 Cæterum in rebus fructuariis asservandis patrisfamilias diligentis, imo diligentissimi, partes fructuarius implere debet; cum omnem videatur suscepisse curam rei: *l. sed cum* 65. *ff. h. t. l.* 1. *§. ult. & l.* 2. *ff. usufructuar. quemadmod. caveat.* Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 20. Et licet derelinquendo usumfructum subducere sese possit oneri refectionis, quantum ad ea, quæ sponte sua deteriorata, reparatione opus habent: *l. si absente* 48. *l. cum fructuarius* 64. *ff. h. t.* non tamen id ei permissum, intuitu eorum, quæ suo suorumque facto reddidit deteriora: *l. sed cum* 65. *ff. h. t.*

TITULUS II.

De Usufructu accrescendo.

SUMMARIA.

1 *Quo respectu usufructus divisus sit, quo modo jus accrescendi in usufructu admittatur, postquam jam concursu partes factæ sunt?*

2 *Quomodo jure accrescendi gaudeat, vel non gaudeat ille, qui suam ususfructus partem jam amisit, exemplis illustratur.*

3 *Non habet locum jus accrescendi, si alimenta duobus simul ex eodem prædio legata sint.*

4 *Quæ sit ratio, cur in legato proprietatis ipso concursu collegatariorum evanescat jus accrescendi, non item in legato ususfructus?*

5 *Inter confructuarios verbis tantum conjunctos non est jus accrescendi: nec inter eos, quibus separatim alternis annis ususfructus legatus est: nec, si duo conjuges simul tertio donent omnia sua bona, reservato sibi usufructu, ac deinde unus conjugum moriatur.*

6 *Non cessat jus accrescendi, si unus ex confructuariis amiserit suam partem, sed ex testatoris voluntate receperit, dum is in casum amissionis repetiit usumfructum in testamento.*

7 *An, & quo jure ususfructus servo plurium dominorum legatus, uni in solidum acquiratur, si alter partem non capiat?*

8 *An jus accrescendi locum habeat, si duobus simul dignitas aut munus, lucrum adjunctum habens, collatum sit donec vixerint?*

9 *An moribus nostris adhuc vigeat jus accrescendi inter confructuarios?*

1 Jus accrescendi non tantum in hæreditatibus & proprietate legata, sed & in usufructu legato locum sibi vindicat: licet enim servitutes pleræque divisionem non recipiant: *l. stipulationes* 72. *ff. de verb. obligat. l.* 1. *§. si ususfr.* 9. *ff. ad leg. Falcid.* nec pro parte amitti queant: *l. si communem* 10. *ff. quemadmod. servit. amitt.* nec judicium communi dividundo admittant: *l. arbor* 19. *§. si per eundem* 2. *ff. communi dividundo:* licet insuper ipse quoque ususfructus naturaliter individuus sit, quia incorporalis est; civiliter tamen dividuus est; sic ut ab initio pro parte divisa vel indivisa constitui possit & amitti, sive non utendo, sive acceptilatione partis: *l. & per jusjurandum* 13. *§. si id* 1. *ff. de acceptilat. l. ususfructus & ab initio* 5. *ff. de usufructu & quemadm. quis utat. l. excepta* 14. *l. placet* 25. *ff. quib. mod. ususfr. amitt.* & ipso jure ad singulos confructuarios ususfructus legati partes pertineant: *l. sed ususfructus* 81. *ff. ad leg. Falcid.* ac judicium communi dividundo inter eos subsistat: *l. si cujus rei* 13. *§. sed si inter* 3. *ff. de usufructu & quemadm. quis utat. l. communi dividundo* 7. *§. sed & si* 7. *ff. communi divid.* Adde Vinnium *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 28. Si ergo duobus rei ejusdem ususfructus suprema voluntate (non item contractu: arg. *l.* 1. *pr. ff. h. t. l. si id, quod* 15. *ff. de duob. reis constituend.*) relictus sit, uno deficiente alteri confructuario etiam accrescit portio singulari jure, in servitutibus cæteris haud admisso: *l. aquam* 16. *ff. quemad. servit. amitt.* alio tamen modo, quam in hæreditate vel proprietatis legato: cum enim in illis portio portioni accresceret, ac evanesceret omne accrescendi jus, quamprimum cohæredes ac collegatarii agnovissent defuncti judicium, atque ita concursu partes suas incepissent habere; ex adverso jus accrescendi hic est *facultas percipiendi portionem ejus, qui non concurrit ad usumfructum sibi cum alio datum, vel concurrit quidem, sed concurrere desiit.* Sic ut portio in usufructu non rei sed personæ accrescat: *l. interdum* 10. *in fine ff. h. t. l. si Titio* 33. *§.* 1. *in fine ff. de usufructu & quemad. quis utat. l. & an eadem* 14. *§. qui, cum* 1. *ff. de except. rei judicatæ:* & is quoque gaudeat accrescendi jure, qui concursu cum confructuario jam partes fecit; solus deinceps in solidum usurus, ubi non amplius invenit eum, qui sibi in utendo fruendo concurrat: *l.* 1. *interdum* 3. *ff. h. t.*

2 Quin imo, nec ab accrescendi jure & vindi-

can-

canda vacante consfructuarii parte depellendus est, qui suam in usufructu partem non amplius habet, sed amisit; si modo ad consfructuarium totus ususfructus jam ante non pervenerit: nam si consfructuarius semel integrum incepisset usumfructum habere, atque ita in ejus solius capite seu persona resedisset, deficiente deinceps eo, ususfructus non ad priorem, qui suam partem jam amiserat, sed magis ad proprietarium reversurus esset. Si ergo (ut diversis facti speciebus positis res fiat evidentior) duobus relictum concipiamus usumfructum, ac primum non utendo suam amisisse ususfructus partem, illa quidam accrescet secundo; sed, si & secundus morte, vel capitis diminutione, vel non utendo, aliove simili modo usumfructum amittat, non jam ad primum ususfructus ille redibit ex jure accrescendi; verum potius ut in universum extinctus, ad proprietarium reverti debet. Cum enim totus ususfructus jam semel translatus fuisset, ac recidisset in caput secundi, atque ita nullum primi jus in usufructu superfuerit, non potuit etiam amplius spectari persona primi, ad vindicandum ex jura accrescendi usumfructum, aut ullam partem ejus. Ita namque placuit; *ei qui amisit usumfructum, ex eo quod amisit, nihil accrescere*, ut loquitur Ulpianus in *l. sicut:* 3. §. *idem Papinianus* 2. *ff. quib. mod. ususfr. amitt.* Sed &, si ex duobus consfructuariis primus de parte ususfructus litem contestatus sit cum eo, qui rem quidem fructuariam non possidebat, liti tamen ita semet offerebat ac si possideret, ac in ea lita succubuerit, pars quidem hujus primi succumbentis secundo accrescet consfructuario (neque enim victori cedit, qui non possidet; nec possessori, quippe qui non vicit; nec proprietario, quippe ad quem non revertitur quamdiu collegatarius consfructus superest, ut ante dictum) sed si secundus non utendo aut aliter usumfructum amittat, nihil ex jure accrescendi redibit ad primum; tanquam nihil omnino juris amplius in usufructu habentem, ex ratione supra adducta; sed magis ususfructus totus tanquam extinctus hoc quoque casu ad proprietatem revertetur. Quin imo, si ex consfructuariis conjunctis primus suam ususfructus partem a vero vindicet possessore, sed in ea succumbat lita, portio quidem primi penes possessorem eumdemque victorem remansura est; sed si secundus dein suam quoquo modo partem amiserit, nec tunc ea primo cessura erit ex jure accrescendi, sed proprietario: eo quod & hic verum est, nullum primi jus in usufructu superesse; nec quicquam ei, qui amisit usumfructum, ex eo quod amisit, accrescere posse: *d. l.* 3. §. 2. Antonius Faber *rational. ad l. interdum* 10. *ff. h. t.* paulo aliter Cujacius *lib.* 9. *observ.* 11. Hilligerus *ad Donellum lib.* 10. *cap.* 23. Barry *de succession. lib.* 13. *tit.* 3. *n.* 4. *in med.* Quod ergo diximus, eum, qui suam amisit partem, adhuc gaudere accrescendi jure, primo quidem apparet in eo, qui, cum usumfructum habuisset sibi cum alio legatum, proprietatis partem acquisivit, atque ita propter consolidationem desiit jure servitutis uti frui: licet enim tunc usumfructum, quam appellant formalem, amiserit, ut patet ex *l. si tibi fundi* 17. *ff. quib. mod. ususfruct. amitt.* jure tamen accrescendi destitutus non est, si forte consfructuarius suam aliquo modo amitteret ususfructus partem. *Si duobus* (verba sunt Ulpiani in *l. item Neratius* 3. §. *ult. ff. h. t.*) *ususfructus legetur, & apud alterum sit consolidatus, jus accrescendi non perit, neque ei apud quem consolidatus est; neque ab eo; & ipse, quibus modis amitteret ante consolidationem, iisdem & nunc amittet.* Nec ratio obscura est: neque enim per consolidationem ususfructus in totum perit, nec desinit uti frui qui proprietatem nactus est, sed quos fructus antea jure servitutis percipiebat, nunc capit dominii jure, & frui perseverat. De cætero adeo hoc in casu casualis ususfructus imitatur naturam ususfructus formalis, ut iisdem finiatur modis post consolidationem, quibus & ante consolidationem fuisset amittendus: *d. l.* 3. §. *ult. ff. h. t.* Sed & secundo gaudet accrescendi jure qui suam amisit partem, si ex collegatariis primus suam vindicans ususfructus partem ab eo, qui non possidebat, sed se liti offerebat quasi possideret, succumbat in ea lite, mox secundus collegatarius non utendo suam amittat partem: non obstante etenim ea partis propriæ amissione secundus adhuc ex accrescendi jure recte vindicaverit primi succumbentis portionem, quæ victori, utpote non possidenti, sed liti se offerenti quasi possideret, non poterat videri ex auctoritate rei judicatæ quæsita, sed penes verum possessorem non jure existebat, & ad quam secundus jus nactus erat, cum necdum suam partem amisisset. Estque hæc proprie facti species, de qua agit *l. interdum* 10. *ff. h. t.* ubi Ant. Faber *in rational.*

3 Nec hisce, quæ de portione ususfructus collegatariis accrescente dicta sunt, repugnat Papinianus in *l. dominus* 57. §. 1. *ff. de usufr. & quemad. quis utat.* cum illic non de legato pluribus usufructu sermo sit, sed de *fructu prædiorum ob alimenta libertis relicto*, adeoque de alimentorum legato, in quo non ita jus accrescendi vigere, naturali ratione manifestum est, cum unus ob defectum seu mortem alterius collegatarii duplicatis non videatur saturandus alimentis, sed magis, uti in agris limitatis alluvio cessat: *l. in agris* 16. *ff. de acquir. rer. domin.* ita & in alimentis ad unius hominis alendi necessitatem limitatis; maxime cum jus accrescendi alluvionibus assimilatum sit: *l. Titio* 33. §. 1. *in fine: ff. de usufr. & quemad. quis utat.* Unde & in casu, quo plures hæredes legato alimentorum pluribus præstando obligati essent, & judices ad avitandam minutam præstationem unum ex hæredibus elegissent, ut is solus singulis alendis alimenta subministraret, & huic uni sortem darent, ex cujus usuris alimenta solverentur; constitutum fuit, hunc hæredem, sortem a reliquis accipientem, cavere debere, se sortem iis restituturum pro rata parte, uti quisque ex alendis decesserit: *l. solent.* 3. *in med. ff. de alimentis vel cibariis legat.* qualis cautio inutilis esset, si reliquis alendis accrescerent deficientium alendorum portiones. Ant. Faber *rational. ad d. l.* 57. *ff. de usufructu:* & *d. l. interdum:* 10. *ff. h. t. in fine.* Guid. Papæ *decis.* 204. Francisc. de Barry *de successionibus lib.* 13. *tit.* 3. *n.* 5. Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 10. *tit.* 3. n. 24. 25. 26. 27. Menochius *de præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 158.

4

4 Rationem si requiras, cur in proprietatis legato post concursum collegatariorum cesset in universum accrescendi jus, non item in usufructu duobus relicto; considerandum est, proprietatis legatum in jure magis, quam in facto consistere, nec quotidie de novo acquiri, sed eo solo tempore, quo per legatarium vindicatur: *l.* 1. *§. interdum* 3. *fere in fine ff. h. t.* uno illo agnitionis ac concursus actu dominium partis unicuique collegatario sic tribuente, ne unquam postea illorum proprium esse desinat, quibus acquisitum est. Quo fit, ut per concursum collegatariorum ad proprietatem unius rei legatæ partibus semel factis, concursus ulterior ad rem eandem in posterum impeditus sit. Contra, in usufructu, etsi verum sit, jus ipsum ususfructus æque, ac jus dominii, prima legati agnitione atque concursu cuique pro parte censeri quæsitum; quia tamen ususfructus *ex fruendo consistit, id est, facto aliquo ejus qui fruitur & utitur*, ac *tum demum constitui* dicitur, *cum quis jam frui potest*, *l. unic. pr. & §. 2. ff. quando dies ususfructus legati cedat:* hinc est, quod & inter fructuarios plures conjunctos non primo tantum momento agniti ab utroque legati concursus fit, sed insuper quotidie per ipsum fruendi factum continuatur. Eoque sensu ab Ulpiano scriptum fuit, *usumfructum quotidie constitui & legari; non, ut proprietas, eo solo tempore, quo vindicatur*, *d. l.* 1. *§. interdum* 3. *fere in fine: h. t.* Quamprimum itaque non invenit alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum ex jure accrescendi; utcunque jam annis plurimis partem fructuum alter suam concursu fecisset; si modo nunc desinat eam in futurum, interrupto concursu, suam facere: *d. l.* 1. *§.* 3. *in fin. ff. h. t.*

5 Inter solos autem re vel re & verbis simul conjunctos jus accrescendi locum habet, non item inter eos, qui verbis tantum conjuncti sunt; eodem modo, quo id in proprietatis legato obtinere, latius disputabitur *tit. de legatis*. Et, si duobus separatim alternis annis ususfructus legatus sit, ac ex his alter deinceps decedat, per vices temporum plena proprietas erit: neque enim accrescere alteri quicquam potest, quoniam propria quisque tempora, non concurrente altero, integri fructus habuit: *l. si duobus* 2. *ff. quib. mod. ususfr. amitt.* Sed &, si conjuges duo simul alteri inter vivos omnia sua bona donent, reservato sibi in donatis usufructu, post mortem conjugis unius alter superstes non potest sibi ex quodam jure accrescendi totum servare usumfructum, sed tantum partis illius, cujus proprietas ab ipso in donatarium collata est, nisi aliud tempore donationis expressum sit; cum tales vere in eodem usufructu conjuncti non sint. Et certe, si tunc, cum testator, duobus hæredibus institutis, certæ rei proprietatem deducto usufructu legavit extraneo, jus accrescendi hæredibus denegatum sit, quia non fuit ille ususfructus inter eos per concursum divisus, sed magis ab initio singulis pro hæreditaria parte constitutus: *l.* 1. *§. ult. ff. de usufructu accrescendo:* ratio non est, cur non idem de duobus conjugibus simul donantibus cum lege reservati ususfructus statuendum foret; cum & his singulis non nisi suæ partis donatæ ususfructus ab initio videri possit deductus esse. Papon *lib.* 14. *tit.* 2. *arrest.* 3. Costalius ad *l.* 57. *ff. h. t.*

6 Plane, si *Titio & Mævio* ususfructus legatus sit, & additum fuerit, *tunc cum Titius capite minutus fuerit eidem usumfructum iterum legari, seu repeti*, Titius autem post capitis diminutionem ex repetitione usumfructum habeat, jus accrescendi inter Titium & Mævium eo ipso, quod Titius usumfructum jam repetitum habuit, sublatum non est; cum illa ususfructus repetitio in Titio perinde habenda sit, ac si alius Titio in usufructu legato substitutus fuisset: nam etsi inter Mævium & substitutum Titii, atque adeo etiam inter Mævium & Titium sibi substitutum, & hac ex substitutione jam usumfructum habentem, verbalis conjunctio non sit, re tamen conjuncti videntur; quod ipsum ad jus accrescendi sufficere dictum est: *l. sicut in* 3. *§.* 1. *ff. quib. mod. ususfr. amitt.*

7 Quod si ususfructus communi plurium servo relictus sit, & unus dominorum suam in usufructu partem repudiet, alteri totus ususfructus acquiritur; non ex jure quodam accrescendi, sed magis ex jure dominicæ potestatis & servitutis jure. Nam cum jus nullum in servili persona, jure civili quadrupedibus fere comparata, consistere posset, sive illud dominii sive servitutis jus esset, atque ita necessario jus illud per servos dominis acquireretur: *§. item vobis* 3. *Inst. per quas person. cuique acquir.* & illis quidem solis in solidum, qui vellent acquirere: *l.* 1. *§. communis* 4. *l. proinde* 7. *§.* 1. *ff. de stipul. servorum:* consequens fuit, ut uno dominorum nolente suum exercere dominii jus & per servum acquirere, alter totam habeat ususfructus servitutem, per suum scilicet servum, cujus solius persona magis, quam plurium dominorum, inspicienda erat, ut monet Ulpianus in *l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t.* & colligi potest ex *l. si duobus* 40. *ff. de legatis* 2. Sane ex jure accrescendi id, quod alter dominus acquirere noluisset, alteri non potuisse acquiri, recte a Proculo & aliis observatum fuit: *l. & Proculo* 20. *ff. de legatis* 2. Sive enim servum spectemus, cujus personam potissimum spectandam esse, ex *d. l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t.* constat; nullum esse potest accrescendi jus, ubi nulla personarum plurium conjunctio est, sed tantum unus plurium communis servus legato honoratus. Sive ex adverso plures consideremus illius servi dominos, jus accrescendi locum invenire nequit, cum domini illi nequeant conjuncti dici ea conjunctionis specie, quæ jus accrescendi producere apta est: non enim conjunctim sed partes singulis legatas esse, quas scilicet quisque in servo haberet, in *d. l.* 20. *ff. de legatis* 2. diserte notatur: licet haud sit eundum inficias, quin conjuncti appellentur tales condomini: *l.* 1. *§.* 2. *ff. h. t.* in quantum dominii intuitu conjuncti & socii sunt. Et hanc conciliandi rationem, ut fundamentis juris haud destitutam, amplecti malim, quam cum aliis, inter hasce leges antinomiam statuere, quasi in *d. l.* 20. Proculi & aliorum sententia narrata quidem, at non probata esset. Adde Pacium *cent.* 6. *enant. n.* 13. Gomezium *var. res. lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 39. 40.

8 Uti autem in usufructu duobus legato viget accrescendi jus, uno ex his deficiente; ita quoque, si duobus simul dignitas quæpiam, aut munus lucrum adjunctum habens, donec vixerint (*ad vitam ajunt*) collatum sit, jus hoc accrescendi haud videtur denegandum, sic ut uno moriente alter solus collati muneris exercitium habeat, ac capiat emolumenta: præsertim cum hi, in quos simul collata dignitas est, non longe distent a sociis liberalitatis imperialis; ex quibus uno moriente, ad socium potius superstitem devolvitur liberalitatis effectus, quam ut pars deficientis pro vacante haberetur: *l. unic. C. si liberalitatis imperialis socius sine hærede decesserit:* Adde Martam *digest. juris noviss. tom.* 5. *tit. de jure accrescendi cap.* 15. & quæ habet Mantica *de conjecturis ult. volunt. lib.* 10. *tit.* 3. *n.* 28.

9 Nec dubium videtur, quin, quæ hactenus de jure accrescendi inter confructuarios ex jure civili sunt exposita, moribus quoque hodiernis observanda sint: utpote non tam ex quadam Romanæ jurisprudentiæ subtilitate, aut legis solius potestate profluentia, quam potius ex probabili testatoris voluntate & in collegatarios affectione: Vide Wesembecium ad *Pand. h. t. n.* 2. *& seqq.* & ibi Hahnium *in notis ad n.* 4. *in medio:* Grotium *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 23. *n.* 4. 5. Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 21. Barry *de succession. d. lib.* 13. *tit.* 5. *n.* 4. Groenewegen *de ll. abrog. ad* §. 5. *Instit. de hæred. instituend. n.* 4.

TITULUS III.

Quando dies Ususfructus legati cedat.

SUMMARIA.

1 *Quando cedat dies ususfructus pure vel in diem certum legati? & quæ ratio differentiæ sit inter legatum proprietatis & ususfructus?*
2 *Quando dies cedat, si in annos aut menses singulos vel alternis annis ususfructus legatus sit? Et quis prior frui debeat, si alternis annis Titio & Mævio ususfructus datus?*
3 *Cur aliud circa cessionem diei obtineat in usufructu, quam in annuo legato?*
4 *Nihil hic moribus mutatum.*

1 Dies obligationis *cedere* dicitur, quando incipit deberi: venire vero, cum quid incipit peti posse: *l. cedere diem* 215. *ff. de verbor. signif.* Et in proprietate quidem pure vel in diem certum legata illud recepti juris est, ut dies legati protinus a morte testatoris cedat, ne illud corruat legatario ante hæreditatis aditionem moriente, sed ad legatarii transmittatur hæredes; de quo latius *tit. quando dies legat. cedat*. At in usufructu id singulare est, quod non cedat ususfructus pure legati dies, nisi adita hæreditate, aut, si in diem relictus sit, non nisi die existente: quod etiam in usu ac habitatione propter rationis paritatem servatur: *l. unic.* §. *dies autem* 2. 3. *ff. h. t. l. si pure* 2. *l.* 3. *l. si habitatio* 9. *ff. quando dies legat. cedat.* Cum enim ususfructus, usus, & habitatio servitutes personales sint, ossibus personæ inhærentes, ac cum persona pereuntes, inutilis foret diei cessio ante aditionem, quippe nec ipsi fructuario ante aditionem extincto profutura, nec hæredi ejus in jura defuncti personalia haud succedenti: *d. l.* 3. Quod usque adeo verum, ut ne peccare quidem, quasi plus tempore petendo, sed potius nihil agere videatur, qui ante diei cessionem petit: *l. unic.* §. *ult. ff. h. t.* Si tamen in adeundo hæres moram fecerit, æstimandus erit ususfructus ex tempore moræ factæ, & æstimatio fructuario ejusve hæredibus præstanda; ne alioquin ex mora sua lucrum hæres sentiat, & mora prosit moratori: *l. qui usumfructum* 36. §. *ult. l.* 37. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.*

2 Si in annos aut menses singulos aut alternis annis ususfructus legatus sit, plura censentur legata esse: *l. cum ususfructus* 13. *ff. de usu & usufructu legato: l. si ususfructus* 28. *ff. quib. modis ususfr. amitt. l. unic. pr. ff. h. t.* ac proinde non simul, sed per tempora adjecta sæpius dies cedit: *d. l. unic. ff. h. t.* & si testator Titio & Mævio alternis eunis usumfructum leget, ordo scripturæ designare videtur ordinem voluntatis, ut enuo primo Titius, secundo Mævius utatur fruatur: *l. quotiens* 34. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Quod si ex ordine scripturæ voluntas non appareat, dum forte Titiis duobus alternis annis ususfructus adscriptus est, invicem sibi impedimento erunt, nisi consentiant, aut sorte dirimant, uter prior fruatur: *d. l.* 34. *l. si duobus* 2. §. *ult. ff. quib. mod. ususfr. amitt.*

3 Nec hisce, quæ de diei cessione in usufructu dicta, refragatur, quod annui legati dies statim a morte testatoris cedat: *l. nec semel* 12. §. *item Celsus* 3. *ff. quando dies legat. cedat.* Ratio etenim differentiæ est, quod ususfructus sit jus magis personale, quam annuus reditus, qui sæpe perpetuus, sæpe ad hæredes transit, imo ex testatoris voluntate declarata ad hæredes in perpetuum transire possit, quia non ita proprietatem reddit inutilem, aut omnes fructus consumit, uti quidem ususfructus: ut dicetur *titulo de annuis legatis*. Qua de causa nec mirum est, si in annuis legatis, magis ad proprietatis legatum accedentibus, servetur potius, quod in proprietate, quam quod in usufructu legato quantum ad diei cessionem receptum est. Quibus & altera accedit diversitatis ratio, quod in annuis legatis non tam spectetur tempus, quo fructus percipi possunt, quam potius initium cujusque anni, licet fructus, ex quibus annuum præstandum est, needum percepti aut maturi sint: quod in usufructu non ita est: *l. in singulos* 8. *ff. de annuis legatis:* nam, ut Ulpianus ait in *l. unic.* §. 2. *ff. h. t. tunc constituitur ususfructus, cum quis jam frui potest.*

4 Neque quicquam in hisce per mores nostros mutatum esse, colligere licet ex iis, quæ tradita ab Hugone Grotio *manuductione ad Jurisprud. Holl. part.* 2. *cap.* 39. *n.* 13. Confer Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 8.

TITULUS IV.

Quibus modis Ususfructus vel Usus amittitur.

SUMMARIA.

1 *Finitur ususfructus morte. Quid, si alicui pro se & hæredibus ususfructus relictus sit, & legatarius moriatur vivo testatore, an hæres ejus capiat postea usumfructum? Quid si corpori vel collegio relictus sit? Cujus mors spectetur, si fructuarius alteri usumfructum restituere rogatus sit? Cujus, si filiof. aut servo relictus? vel fructuarius alteri eum concesserit? De ingressu in monasterium.*

2 *Finitur & consolidatione, decisio tamen* l. 17. ff. h. t. *moribus sublata est.*

3 *Item derelinquendo; vel si domino proprietatis cedatur. An &, si cedatur extraneo?*

4 *An finiatur ob id, quod fructuarius rei fructuariæ proprietatem in alium transferre tentaverit?*

5 *Solo abusu rei fructuariæ non perit ususfructus; nisi certus modus fruendi præscriptus negligatur.*

6 *Perit tamen non utendo per tempus lege definitum, etsi per violentam dejectionem impeditus esset uti. Quid juris, si parte tantum fruitus sit, vel tantum usus, non fruitus sit re? Non perit non utendo, si alternis annis, vel* in annos singulos *datus sit.*

7 *Utitur fructuarius etiam per eum, cui vendidit, locavit, donavit. An & uti intelligatur, si emptor aut donatarius ipse usus non sit? Quid si ipsi proprietario vendiderit aut elocaverit, & is rursus rem suo nomine locet aut vendat tertio, an fructuarius videatur uti per istum tertium?*

8 *Extinguitur rei interitu, in totum, vel pro parte. Domo destructa an ususfructus in area duret? & cur aliud in proprietate ædium legata, aut pignore ædium, quam in usufructu obtineat?*

9 *Quali mutatione formæ rei fructuariæ pereat vel non pereat ususfructus?*

10 *An & quando reviviscat ususfructus, ubi res quæ interierat, restituta est, aut forma prior rei reducta?*

11 *Finitur etiam existente die vel conditione, ad quam concessus.*

12 *Quamdiu duret, si relictus sit, donec tertius quis ad majorennitatem, aut furiosus ad sanam mentem pervenerit, & tertius ille in minorennitate aut furore moriatur?*

13 *Ususfructus ad certum tempus datus, perit tamen morte fructuarii ante tempus additum eveniente, non item aliis modis, quibus alioquin ususfructus vulgo.*

14 *Non perit ususfructus alienatione, vel noxæ deditione per proprietarium facta, nec usucapione proprietatis. Quo modo ususfructus extinctus redeat ad dominum proprietatis?*

1 Ususfructus, uti variis constituitur, ita quoque variis finitur modis; puta morte naturali vel civili fructuarii: *§. finitur* 3. *Instit. de usufr. l. ult. C. eod. tit. l.* 1. *§.* 1. 2. 3. *ff. h. t.* Cum enim jus hoc personale sit, ad hæredes transmitti non potuit; nisi testator usumfructum expressim alicui pro se & hæredibus constituerit: quo casu duo diversi videntur ususfructus esse, quorum alter hæredi fructuarii deinceps acquiritur: *l. stipulatio ista* 38. *§. sed si quis* 12. *ff. de verb. oblig. l. repeti* 5. *ff. h. t.* Nam & tunc, cum testator usumfructum legavit ac subjecit, *se eumdem eidem legare, quoties capite minutus erit*, vel *quoties ususfructus amissus erit*, interveniente capitis diminutione novus ususfructus est: *l. si duobus* 2. *§.* 1. *l.* 3. *pr. & §.* 1. *ff. h. t.* Hinc etiam ab hærede novam cautionem interponi, vel in usufructu repetito, rationis est. Et si forte is, cui pro se & hæredibus ususfructus legatur, ante testatorem legantem moriatur, hæredem ejus, aditæ hæreditatis tempore superstitem, ad usumfructum admitti oportere, verius est; cum non tam ex capite defuncti, & jure transmissionis usurus fruiturus sit, quam potius ex jure proprio, & velut ex novo usufructu, sibi sub conditione vel incerto die relicto. Utcunque in proprietate alicui pro se & hæredibus legata aliud forte statuendum sit, ut latius dicetur *tit. quando dies legator. cedat.* Tametsi autem hæredis appellatione etiam hæredum hæredes in infinitum vulgo intelliguntur, attamen hic primi tantum hæredes censeri debent comprehensi, ne alioquin inutilis proprietario esset proprietas, usufructu in perpetuum recedente: *l. antiquitas* 13. *C. de usufructu.* Si collegio vel civitati ususfructus debeatur, centum annis collegium aut municipes in usufructu tuendos esse, placuit; quia is finis vitæ longævi hominis est: *l. an ususfructus* 56. *ff. de usufructu & quemad. quis utat. l. si ususfructus municipibus* 8. *ff. de usu & usufr. legato:* Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 39. *n.* 23. Nisi maturius collegium dissolutum, aut civitas aratrum passa sit; tunc enim quasi morte quadam desineret usumfructum habere: *l. si ususfructus* 11. *ff. h. t.* Idemque juris statuendum, si ecclesiæ, si nosocomio, si brephotrophio, aliisque similibus piis causis, vel etiam ipsi fisco, ususfructus acquiratur; cum horum omnium non deterior esse debeat, quam civitatum conditio: arg. *l. ut inter* 25. *pr. & §.* 1. *C. de sacros. eccles.* Si pluribus simul pro indiviso ususfructus legatus sit, non unius, sed omnium morte demum extingui usumfructum, supra *tit.* 2. dictum est. Quod si legatum usumfructum legatarius alteri restituere rogatus sit, magis est, ut ex fideicommissarii, quam legatarii persona dependeat pereatque: *l.* 1. *§.* 2. *l. si legatum* 4. *ff. h. t. l. si quis usumfructum* 29. *ff. de usu & usufr. legato:* nisi appareat, ita testatorem jussisse restitutionem, ut legatario nihilominus spes aliqua ususfructus duret, dum voluit, ut ad legatarium revertatur, si casu aliquo fideicommissarius eumdem legatario superstite amisisset; tunc enim non fideicommissarii tantum, sed & fiduciarii mortem oporteret expectare, antequam ususfructus dici posset morte peremptus: arg.

arg. *l. si ususfructus* 9. *ff. usufructuarius quemadmodum caveat*. In usufructu filiofamilias relicto, siquidem ipsius filii contemplatione, mors filii expectanda erit, ut evanescat utendi fruendi jus: sin patris intuitu, ex patris quoque persona æstimari oportet durationem ejus: arg. *l. si filiofamilias* 23. *& ult. ff. de mortis causa donat.* si neutrum constet, altero moriente ad superstitem pertinere, nec, nisi morte utriusque, ad proprietatem reverti, constitutum est: *l. ult. C. h. t. de usufructu*. Si usufructuarius usumfructum alteri vendiderit, aut locaverit, aut gratis concesserit, mortem fructuarii concedentis, non ejus, cui utilitas fruendi per emptionem aut aliter data est, spectandam esse, constat ex *l. necessario* 8. §. 2. *ff. de peric. & commodo rei vend. l. si quis demum* 9. §. 1. *ff. locati*. Interim capitis diminutione usumfructum hodie non perire notat Castillo Sotomayor *de usufr. cap.* 66. *n.* 26. *& seqq.* Groenewegen *ad l.* 1. *ff. h. t.* An pereat professione vitæ religiosæ, vide Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 64. 65.

2 Consolidatione quoque, dum fructuarius proprietatem rei fructuariæ nanciscitur, ususfructus extinguitur: §. *pen. Inst. de usufr.* adeo ut, si proprietas fundi Titio sub conditione legata sit, Mævio ejusdem fundi ususfructus pure, & Mævius pendente conditione dominium proprietatis acquisierit, deinde conditio extiterit, ad Titium pleno jure fundus pervenire debeat; nec Mævius, qui consolidatione jus omne legati ususfructus amisit, eundem sic amissum rursus possit vindicare, quasi nuda proprietas Titio data esset: *l. si tibi fundi* 17. *ff. h. t.* Ita sane Juliano placuit ex summo juris rigore; cui tamen vix est, ut hodiernis moribus inhæreatur; ac proinde post conditionem legatæ proprietatis existentem ex æquitate reviviscere Mævio oportere usumfructum, quasi medio tempore proprietatem nactus non fuisset, jure contendit post Molinæum, Mornacium aliosque Groenewegen *ad d. l.* 17. *ff. h. t.* argum. *l. dominus* 57. *ff. de usufructu & quemad. quis utat. l. si maritus* 22. *C. de inoff. testam. l. eum, qui* 11. §. *ult. ff. de inoff. testam. l. Papinianus* 18. *ff. de servitutibus*.

3 Perit insuper, si fructuarius eum pro derelicto habeat: *l. cum fructuarius* 64. *&* 65. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* aut jus suum cedat domino proprietatis: *d.* §. *pen. Inst. de usufructu*, cum & his in casibus ususfructus cum proprietate conjungatur, nec cuiquam res sua servire possit: *l. uti frui* 5. *ff. si ususfr. pet.* Extraneo facta cessio nullius momenti est, nec usumfructum solvit, quod manifeste Imp. in *d.* §. *pen. Inst. de usufructu* significat. Cum enim ibidem id unum sibi proposuisset, ut modos enumeraret, quibus usumfructum perire placuerat, post alia ait, *item finiri usumfructum, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (nam cedendo extraneo nihil agitur)* quæ verba postrema, *nihil agi*, perperam a nonnullis eam receperunt interpretationem, quasi nihil ageretur extranei intuitu, seu nihil ea cessione in extraneum transiret; de cætero tamen ad proprietatem ususfructus reverteretur: *l. si ususfructus* 66. *ff. de jure dot.* præsertim cum eo sensu etiam, *nihil agere*, accipiatur in *l. per servum* 37. §. *ult. ff. de acquir. rer. domin.* & *l. qui mihi* 13. *ff. de donation.* Id enim si verum esset, idem operaretur cessio extraneo facta, quod efficit ea, quæ domino proprietatis fit: periret scilicet utraque ususfructus, recederet a fructuario, & proprietati adjiceretur; atque adeo ineptus prorsus esset Imperator, quod in quæstione, quibus modis ususfructus finiatur, adeo sollicite cessionem extraneo factam distinxisset ab ea, quæ proprietario facta usumfructum dissolvit. Unde magis est, ut adhibita ea interpretatione, quæ absurditate ac vitio caret (juxta monitum in *l. in ambigua* 19. *ff. de legibus*) dicamus, *nihil agere*, perinde accipiendum esse, ac si dictum esset, non extingui usumfructum. Et quamvis in *d. l.* 37. §. *ult. & l.* 13. circa quæstionem, an servus aut procurator sua voluntate seu mente efficere possit, ne domino quæratur res donata, responsum fuerit, illos nihil agere, sed rem domino acquiri, cui donator eam voluerat donatam; tamen id ad explicandam mentem *d.* §. *penult. Inst. de usufructu*, transferri nequit; cum ibi *nihil agere* dicatur fructuarius respectu quæstionis, quæ concepta erat, non de eo, an ususfructus transiret in extraneum, sed de eo, an ususfructus finiretur; adeoque cedendo extraneo nihil agebat quantum ad ususfructus dissolutionem. Neque his contrarium est, quod a Pomponio scriptum fuit in *d. l.* 66. *ff. de jure dot. usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis; & si extraneo cedatur, id est, ei, qui proprietatem non habet, nihil ad eum transire; sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum*. Non enim ait, de præsenti usumfructum ob cessionem reverti; sed cum dixisset, cessione tali nihil in *extraneum transire* (in tempore præsenti, ut loquuntur) subjicit, sed ad dominum proprietatis *reversurum*, verbo futuri temporis, ac proinde non statim, sed ubi legitimus extiterit finiendi modus, perinde ac si cessus non fuisset ususfructus, & fructuarius cedendo extraneo nihil egisset. Frustra vero contenditur fructuarium cedendo statim amisisse omne jus, in quantum cessio per tres personas peragitur, dum in jure cedit dominus, vindicat is cui ceditur, addicit prætor: Ulpianus *in fragm. tit.* 19. §. 9. 10. 11. cum ergo hic ad cessionarium transire non potuerit jus ususfructus, & tamen cessione jus omne suum abdicaverit fructuarius, ab alio vindicandum, consequens videbatur, necessario usumfructum ad proprietatem ipso cessionis tempore in continenti redire. Sed considerandum, ita demum per cessionem & addictionem subsecutam dominia & jura cessa a cedente recedere, si cessio secundum præcepta legum, non contra leges facta sit: est enim in jure cessio quædam quasi traditio tum corporalium tum incorporalium rerum, & eosdem cum vera traditione effectus habet, ut ex eodem Ulpiano constat *tot. tit.* 19. ideoque, uti vera traditione non aliter recedit a domino jus dominii, quam si secundum leges concurrentibus requisitis facta sit: §. *per traditionem* 40. *& seqq. Instit. de rer. divis.* ibique DD. *l.* 1. §. 4. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* Ulpianus *d. tit.* 19. §. 7. ita quoque cessio, quæ nullo jure facta est, fructuarium jure suo exuere non potuit, sed magis ea cessio-

sione nihil actum censeri debet; ut plerumque nihil actum creditur, ac negotium nullum est, ubi contra leges gestum: *l. non dubium* 5. *C. de legibus*. Quod & non obscure Paulus significat *lib.* 3. *sent. tit.* 6. §. 32. dum agens de modis finiendi usumfructum, ait, *in jure cessione amitti usumfructum, quoties domino proprietatis usufructuarius eum in jure cesserit*. Nec turbare debet, quod a Celso scriptum, si furioso, quem sanæ mentis existimas, eo quod forte in conspectu inumbratæ quietis fuit constitutus, rem tradideris, te desinere possidere, licet ille non sit adeptus possessionem; sufficere enim, quod dimiseris possessionem, etiamsi non transferas: denique ridiculum esse, illud dicere, quod non aliter quis velit dimittere, quam si transferat; cum potius velit omnino dimittere, quia existimat se transferre: *l. quod meo* 18. §. *si furioso* 1. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* Non enim ibi de dominii, aut juris alterius, sed solius possessionis amissione agitur; quæ, uti facti est, ita etiam facile interveniente naturali traditionis facto a nobis recedit: a possessionis autem amissione ad amissionem dominii, alteriusve juris quæsiti, nulla argumentatio est, possessione nihil commune habente cum proprietate: *l. naturaliter* 12. §. 1. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* Eoque pertinere existimo, quod Ulpianus scripsit, differentiam inter dominium & possessionem hanc esse, quod dominium nihilominus ejus manet, qui dominus esse non vult; possessionem autem recedere, ut quisque constituit nolle possidere: *l. si quis vi* 17. junct. *l.* 1. §. *si vir* 4. *de acquir. vel amitt. possess.* non, quasi invitus retineat rem, si illam pro derelicto habere velit; sed, quod dominii jus ab eo non recedat, si rem in alium velit translatam, nisi & re ipsa eandem in illum transferat. Ne dicam, illum quoque, qui errans possessionem transferre vult in alium, eandem haud acquirentem, non amittere possessionem, quia quodammodo sub conditione recedit de possessione: *l. si me in* 34. *in fine principii ff. de acquir. vel amitt. possess.* confer de hac quæstione Castillo Sotomay. *de usufr. cap.* 69. Sande *de cessione action. cap.* 5. *n.* 55. & dissentientem Vinnium *ad* §. 3. *Instit. de usufr. n.* 4.

4 Sed si non usumfructum tantum, sed & ipsam rei fructuariæ proprietatem fructuarius dolo malo in alium transtulerit, ipsum in pœnam doli usufructu privandum fuisse, aliquando in Hollandia judicatum & supremo revisionis judicio firmatum fuit, in casu, in quo pater, liberorum tutor, in liberorum bonis usumfructum habens, domum fructuariam oppignoraverat, ac deinde judicati exsequendi causa distrahendam executori assignaverat: Groenewegen ad Grotium *manuduct. ad Jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 39. *n.* 24. Quæ tamen res judicata, cum multis singularibus innitatur circumstantiis, & nominatim insignem coerceat eamque continuatam fraudem ac machinationem a patre, simulque tutore, in liberorum necem adhibitam, vix est, ut ad alios porrigatur fructuarios, simpliciter rei fructuariæ proprietatem alienare adnitentes; cum & in fideicommissis facta per patrem fraus insignior in præjudicium filiuf. ademptione commodorum punita inveniatur: *l. Imperator* 50. *ff. ad Senatusc. Trebell.* etsi vulgo nulla talis in fiduciarios, pendente die vel conditione rem fideicommissariam alienantes, pœna statuta sit: arg. *l. peto* 69. §. *prædium* 1. *ff. de legatis* 2. *l. ult.* §. *sed quia* 2. & 3. *C. communia de legatis*: Responsa JCtor. Holl. *part.* 5. *consil.* 184. *in fine*: Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 25.

5 Et generaliter, ob solum rei fructuariæ abusum fructuarium non esse usufructu privandum, extra dubium est; cum cautio fructuaria de utendo fruendo boni viri arbitratu sæpius committi possit, manente usufructu; quod non esset, si solo statim extingueretur abusu: *l.* 1. §. *utilius* 5. & §. 6. *ff. usufructuar. quemadm. caveat*. Neque obstat, quod ille, qui non reficit ædes fructuarias ruinosas, prohibetur a domino uti frui: *l. hoc amplius* 9. §. *ult. ff. de damno infecto*. Non enim prohibitio ista ad perimendum in perpetuum utendi fruendique jus spectat, sed tantum temporaria est, donec scilicet fructuarius reficere paratus fuerit: eo modo, quo & ei, qui conferre non vult, hæreditariæ denegantur actiones, donec contulerit: *l.* 1. §. *si, cum duobus* 13. junct. §. *si frater* 10. *ff. de collation.* & usufructus fructuario, cautionem fructuariam interponere recusanti: *l. si cujus rei* 13. *ff. de usufructu & quemadmod. quis utat.* Berlichius *part.* 2. *conclus.* 50. *n.* 68. dissentit Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 15. *art.* 4. *n. ult. & in addit.* Ant. Faber Cod. *lib.* 3. *tit.* 23. *defin.* 2. Castillo Sotomay. *de usufr. cap.* 21. 23. 24. ea potissimum moti ratione, quod conductorem quoque & emphyteutam ob abusum rei expelli jura sinunt: *l. æde quam* 3. *C. de locato. auth. qui rem C. de sacros. ecclesiis*. Cum tamen diversa plane fructuarii ratio sit, quippe qui depulsus nihil retinet; cum ex adverso emphyteuta canonem, mercedem conductor retineat usu rei spoliatus. Plane, si certus utendi fruendi modus in usufructu constituendo expressus fuerit, veluti, ut quis æstate uteretur, non hyeme, ut agro ad pascua uteretur, & ille hyeme usus sit, aut fœnum segetesve ex agro collegerit, non utendo per modum perire jus usufructus, innuitur d. §. 3. *Inst. de usufructu*: Vinnius *ad d.* §. 3. *n.* 6.

6 Quod si fructuarius omnino non utatur re fructuaria, triennio in mobilibus, decennio inter præsentes, vicennio inter absentes in immobilibus, & secundum jus nostrum hodiernum triente seculi, aut secundum alios annis triginta: Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 39. *n.* 26. tali non usu perire usumfructum, constitutum est: §. *pen. Inst. de usufructu*: *l. penult.* §. 1. *C. h. t. l. pen. C. de servitut. & aqua*: junge Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 67. etiamsi ex eo, quod vi de possessione rei fructuariæ dejectus erat, usus non sit: *l. si plures* 9. §. *ult. ff. de vi & vi armata*: Si quis parte aliqua rei fructuariæ non fuerit usus, in ea sola usumfructum amittit: *l. excepta* 14. *l. placet* 25. *ff. h. t.* Et, si usumfructum habens, constituto tempore tantum utatur, si quidem sciens se usumfructum habere, tantum uti voluerit, nihilominus & frui videtur, ac usumfructum retinet: si vero ignoret, dicendum est, eum amittere usumfructum; cum non ex eo, quod habet, tunc utatur, sed ex

eo a

eo, quod putavit se habere: *l. is qui usumfructum* 20. *ff. h. t.* Hæc, si ususfructus simpliciter sine temporum intervallis constitutus sit; nam si alternis debeatur annis, in totum non usu non perit, uti nec capitis diminutione, quia plura legata sunt, annis singulis de novo cedentia: *l.* 1. *§. ult. l. si ususfructus alternis* 28. *ff. h. t. l. cum ususfructus* 13. *ff. de usu & usufr. legato: l. cum in annos* 11. *ff. de annuis legatis.* Quin imo, etsi uni eidemque ususfructus non simpliciter, sed *in annos singulos* legatus sit, non unum, sed plura repetita ususfructus legata intelliguntur; quia commemoratio temporum repetitionis potestatem habet; ideoque nec tunc aliter quam per mortem ususfructus cum effectu cessat: *l.* 2. *§.* 1. *ff. h. t. d. l.* 11. *ff. de ann. leg.*

7 Non utitur autem usufructuarius, si nec ipse utatur, nec nomine ejus alius; puta, qui emit usumfructum, vel qui conduxit, vel cui donatus est, vel qui negotium fructuarii gerit, vel maritus pro uxore, vel uxor pro marito absente: *l. si mulieri* 22. *ff. h. t. l. non utitur* 38. junct. *l. si ususfructus* 35. *§.* 1. *ff. de usufr. & quemad. quis utat.* Plane illud interest, quod si vendidero usumfructum, etiamsi emptor non utatur, videor tamen usumfructum retinere, quia qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur: quod si donavero, non alias retineo, quam si ille utatur: *d. l. non utitur* 38. *l.* 39. *&* 40. junct. *l. si ususfructus* 35. *§.* 1. *ff. de usufr. & quemad. quis utat.*: cum qua limitatione accipiendum est, quod paulo generalius Ulpianus dixit, & eum qui vendit, uti, & eum qui locat, uti, & eum, qui precario concedit vel donat, uti, ideoque retineri usumfructum: *l. arboribus* 12. *§. usufructuarius* 2. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Nec est, quod his, quæ de donatario non utente dicta, regeratur, donantem nihilominus æque, ac vendentem locantemve, uti videri, quia donatarium etiam non utentem habet sibi ad antidora devinctum, ut venditor emptorem, aut conductorem locator, ad pretium vel mercedem; & lucri species est, beneficii debitorem sibi acquirere: *l. si pignore* 54. *§. eum, qui* 1. *ff. de furtis.* Stringeret enim ista ratio, si eadem antidori quæ mercedis pretiive exactio esset; quod non ita est; cum venditi actio, vel locati, facilem reddat promissæ mercedis ac pretii impetrationem, adeoque efficacem jure civili obligationem; at antidori persequendi causa nulla actio comparata sit, sed solum subsit naturale debitum, ac ne plenum quidem illud, sed solo pudoris vinculo subnixum: *l. sed & si* 25. *§. consuluit* 11. *ff. de petit. hæred.* Illud quoque singulare est, quod, ubi fructuarius usumfructum non extraneo, sed ipsi proprietatis domino vendidit aut locavit, ac proprietarius deinde rem fructuariam rursus alteri vel locavit suo nomine vel vendidit, usufructuarius usumfructum non utendo amittat, etsi a proprietario mercedem pretiumve acceperit, quia non fructuarii sed suo nomine emptor, & conductor secundus nomine conductoris primi seu proprietarii, fruitus est: *l. Pomponius* 29. *pr. & §.* 1. *ff. h. t.* Quod si utatur quidem fructuarius, nullum autem emolumentum sentiat, dum forte agrum colit tam sterilem, ut nullus inde fructus nascatur, ac, juxta vulgiverbium, nil profecturis littora bobus arat; adhuc ea ratione usumfructum utendo conservari placuit: *d. l.* 12. *§. de illo* 3. *ff. de usufr. & quem. quis ut.*

8 Rei insuper totali interitu usumfructum quoque interire, expeditum: est enim ususfructus jus in corpore, quo sublato & ipsum tolli necesse est: *pr. & §. pen. Inst. de usufructu.* Si pars perierit, in parte superstite adhuc salvus est: *l. si cui insulæ* 53. *ff. de usufructu & quemad. quis utat. l. fundi* 8. *l.* 9. *l.* 10. *ff. h. t.* ædium tamen usufructu constituto, si domus tota perierit, ne areæ quidem aut cementorum ususfructus durabit: *l. repeti* 5. *§. rei* 2. *ff. h. t. d. §. pen. Instit. de usufr.* & ita observari, testatur Grotius *Manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 39. *n.* 20. *& seqq.* nisi non specialiter domus certæ, sed bonorum omnium ususfructus legatus sit, cum in bonorum substantia area quoque numeretur: *l. quotiens* 34. *§. ult. ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Quamvis aliud in ædibus specialiter pignori obligatis, aut proprietatis jure legatis placuerit; dum & area & rudera post domum destructam legatario præstanda sunt, ac creditori devincta manent: *l. si grege legato* 22. *in fine ff. de legatis* 1. *l. Paulus* 29. *§. domus* 2. & *l. ult. ff. de pign. & hyp.* Cujus varietatis hanc puto rationem esse, quod in pignore quidem hoc inter debitorem & creditorem tacite actum censetur, ut quam maxime creditori cautum sit: arg. *l. ult. C. quæ res pign. dari:* maxime vero tunc cautum intelligitur, cum & area post domum collapsam devincta manet. Proprietatis autem legatum nihil in se comprehendit, quod contra dominii naturam est; cum ex adverso ususfructus legatum servitutem inducat libertati naturali & dominio, dominis suis utilitatem præbenti, contrariam; quibus consentaneum erat, ut facilius evanesceret ususfructus legatum, quo res rediret ad statum naturalem, quam legatum proprietatis, nihil præter naturam involvens. Qua ratione usumfructum quoque gregis interire responsum est, cum usque eo numerus pervenit gregis, ut grex non intelligatur: *l. ult. ff. h. t.* etsi proprietate gregis legata vindicatio legati supersit, ubi ad unam ovem grex pervenit, & in uno capite stat nomen universitatis: *§. si grex* 18. *Inst. de legatis:* junct. *l. sicut* 7. *in fine ff. quod cujusque universit. nom. l. si grege* 22. *ff. de legatis* 1. Pecoris quoque usufructu dato, & pecore extincto, neque carnis neque corii superesse usumfructum, Gajus asserit *l. pen. ff. h. t.* Contra, si proprietas legetur, extincti animalis corium & cornua vindicari posse, si legatum vindicationis relictum sit, alibi dictum *tit. de rei vindicat.*

9 Quod si res fructuaria non interierit, sed omnimodam formæ mutationem passa sit, perinde ac interitu perire jus ususfructus, receptum fuit, sive proprietarius mutaverit, sive extraneus: *l. repeti* 5. *§. rei mutatione* 2. *ff. h. t.* finge, areæ fructuariæ domum imponi; ex stagno vel lacu agrum fieri, vel ex agro stagnum lacumve; ex vasis aureis argenteisque massam, aut contra; ex sylva fructuaria arvum arboribus cæsis; ex balneo habitationem; ex taber-

na diætam: *l. repeti* 5. §. *ult. l. quid tamen* 10. §. 1. 2. 3. 4. 5. 6. *l. si cui* 12. *ff. h. t.* Sed & si quadrigæ usumfructum datum proponas, uno ex equis decedente, uti quadriga esse desinit, ita & ususfructus in residuis tribus non manebit; nisi vivo testatore mors equi unius intervenerit, inque locum ejus alius ante diem legati cedentem substitutus sit: *l. quid tamen* 10. §. *ult. l.* 11. *ff. h. t.* sed quia equorum quatuor usufructu legato, si unus perierit, in tribus reliquis ususfructus perdurat: *d. l.* 10. §. *ult. ff. h.* t. visum nonnullis est, subtilius hac parte Romanos distinxisse, quam ut hodie admitteretur in quadriga interitus ususfructus ex equi unius mortalitate. Ita post Mornacium & Autumnum Groenewegen *ad l.* 65. §. 1. *ff. de legatis* 2. Ant. Matthæus *de successionibus in auctario de divortio legum & usus n.* 48. Si vero non in universum, sed pro parte tantum, forma rei mutata sit, ususfructus durat; veluti, si fundi legato usufructu villa diruta sit; sive villa fundi accessio sit: *l. fundi* 8. *&* 9. *ff. h. t.* sive contra fundus fuerit accessio villæ, & villa perierit; si modo, ut ante dictum, non villæ sed fundi ususfructus legatus sit: *l. quid tamen* 10. *pr. ff. h. t.* neque enim dubium, quin *d. l.* 10. cohæreat *legi* 8. *&* 9. adeoque de eodem casu fundi legati accipienda est. Alioquin enim, ubi non fundi, sed villæ ususfructus legatus est, villa diruta cur non æque ususfructus in villæ fundo cessaret, quam in area domus fructuariæ destructæ, ratio non apparet. Sic nec fundi legati ususfructus interit, si arva in vineas, aut contra, mutentur: *l. quod tamen* 10. §. *non tamen* 4. *ff. h. t.* vel summa ex fundo fructuario terra sublata sit, aliaque regesta: *l. cum usumfructum* 24. §. *ult. ff. h. t.* Idemque dicendum, si vel domus vel navis non simul & semel demolita fuerit, sed paulatim adeo per partes refecta, ut nihil ex pristino supersit, & omnis nova facta sit: *d. l.* 10. §. *non tantum* 1. *&* §. *pen. ff. h. t. l. si ita legatum* 65. §. *ult. ff. de legatis* 1.

10 Posito autem ususfructus interitu per interitum rei aut universalem formæ mutationem; illud non satis expeditum est, utrum restituta re, aut forma priore reducta, reviviscat? Distinctione adhibita dissidium componi posse puto: si enim non eadem numero, sed similis tantum res similisque forma restituta sit, usumfructum manere peremptum verius est. Qua ratione post demolitam destructamve domum fructuariam in nova domo reposita nullum jus fructuario renascitur: & si scyphi usufructuarii sint in massam redacti, in novis scyphis inde factis, etsi eodem artificio & cælatura, non redintegratur pristinum ususfructus jus: cum neque eadem domus sit, neque scyphi iidem, quorum ususfructus datus erat: *l. qui usumfructum* 56. *ff. de usufructu & quemad. quis utat. l. quid tamen* 10. §. *non tantum* 1. *ff. h. t.* Annæus Robertus *rer. judicat. lib.* 4. *cap.* 8. Joh. Papon. *lib.* 14. *tit.* 2. *arrest.* 4. Denique, si navis dissoluta sit, iterumque iisdem tabulis, nulla præterea adjecta, restaurata, usumfructum non redire in dubio placuit: *d. l. quid tamen* 10. §. *pen. ff. h. t.* licet in navi non tam juris, quam voluntatis quæstionem esse, colligi possit ex *l. inter stipulantem* 83. §. *sacram* 5. *ff. de verbor. obligat.* Contra, si eadem numero res, quæ interierat, rursus quasi ab interitu resuscitata sit, ususfructus quoque pristinum in statum revertitur. Adeoque, licet per impositam areæ fructuariæ domum ususfructus areæ esse desinat, decidentibus tamen aut deustis ædibus, iterum incipit ejusdem areæ utilitas fructuario deberi: *l. qui usumfructum* 36. *pr. l. si in area* 71. *ff. de usufructu & quemad. quis utat. l. repeti* 5. §. *ult. l.* 6. 7. *ff. h. t.* quia eadem area est: *l. qui res* 98. §. *ult. ff. de solution.* Agro quoque fructuario inundato, vel capto ab hostibus, instauratur ususfructus, ex quo aqua recessit aut postliminii jure ager receptus est: *l. si ager* 23. *l.* 24. *pr. l. si ager ab hostibus* 26. *ff. h. t.* Plane, si fundus fructuarius a flumine novum alveum faciente occupatus sit; quemadmodum novi alvei derelicti proprietas ad pristinos dominos jure proprietatis non revertitur; ita nec jure ususfructus ad fructuarios; sed magis prædia vicina habentibus cedit: *d. l. cum usumfructum* 24. *ff. h. t.*

11 Denique utendi fruendi jus impeditur, existente die vel conditione, ad quam ususfructus constitutus erat: *l. interdum* 15. *ff. h. t.* Unde &, si Titio per testatorem ususfructus alicujus rei sub conditione legatus sit, & pendente ea hæres ejusdem rei usumfructum alteri concesserit, existente deinde conditione ususfructus finietur per hæredem datus, quasi jure hæredis circa usumfructum resoluto per eventum conditionis, usumfructum priorem jam confirmantis: *l. si sub conditione* 10. *ff. h. t.*

12 Quod si ususfructus uxori per maritum vel alteri cuicumque relictus sit, donec communis filius vel alius prorsus extraneus ad pubertatem, aut majorennitatem, aliamve ætatem certam pervenerit; stabit ususfructus ad illud usque tempus, quod testamento expressum est, sive is, in cujus ætatem conceptum est ususfructus legatum, ad eos pervenerit annos, sive maturius in fata concesserit; cum non tam ad vitam istius hominis, quam ad certa annorum curricula respexisse testator credendus sit: *l. ambiguitatem* 12. *C. de usufructu & habit.* Sed &, si usumfructum legatum proponas, donec in furore filius vel alius quisquam remanserit; illo quidem resipiscente evanescet ususfructus, quasi existente conditione, ad quam constitutus est: at si adhuc in furore perdurans decesserit, usumfructum manere placuit, quasi in fructuarii ipsius vitam relictus esset, quia potuisset ille, in cujus resipiscentiam collatus erat finis ususfructus, diutius in furore perseverare, si diutius vixisset: *d. l.* 12. §. *sin autem* 1. *C. de usufructu & habit.* Adde Brunnemannum *ad d. l.* 12.

13 Quoties autem in diem, aut usque ad conditionem, ususfructus constitutus est, ita demum in id tempus perdurabit ususfructus, si fructuarius eo usque superstes sit: ipso enim ante moriente, usumfructum interire, nec ad hæredes transmitti posse, Imperator ait; cum morte usumfructum penitus extingui, indubitati juris sit: *d. l.* 12. *C. de usufructu & habit.* arg. *l.* 2. §. 1. *ff. h. t.* Castillo Sotomayor *de usufr. cap.* 62. *n. ult.* Plane præter mortis casum ususfructus ad certum tempus legatus usufructuario cum effectu non perit per modos alios,

qui-

quibus vulgo ususfructus amitti solet, quia tunc, cum certum tempus est appositum, *veluti decennium*, repetitus censetur ususfructus in casum amissionis per capitis diminutionem aut alios modos, iterumque videm novus datus, donec dies extiterit; perinde ac si testator nominatim addidisset, *quoties quis capite minutus erit*, vel *quoties ususfructus amissus erit*, *eundem ei do lego*: usque adeo, ut legato usufructu cum illa adjectione, *quamdiu fructuarius vivit*, etiam tunc ususfructus toties credatur de novo repetitus, quoties vivo fructuario amissus fuerit: *l. sicut* 3. *pr. ff. h. t.*

14 Cæterum neque alienatione, neque noxæ deditione per proprietarium facta, neque proprietatis usucapione usumfructum interire, expeditum est: *l. locum* 17. §. *proprietarius* 2. *ff. de usufructu & quemad. quis utat. l. justo errore* 44. §. *non mutat* 5. *ff. de usucapion.* Quemadmodum & certum, nudæ proprietatis dominum, finito usufructu incipere pleno jure dominum esse: quod pluribus exsequitur Castillo Sotomayor *de usufr. cap.* 75. 76.

TITULUS V.

De Usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur.

SUMMARIA.

1 *In fungibilibus est quasi ususfructus, etiam cum omnium bonorum ususfructus legatus est.*
2 *An etiam actu inter vivos constitui possit?*
3 *Quæ sub fungibilibus hic contineantur? an & nomina? an & ruta ac cæsa ex lapicidinis vel metallifodinis in fundo fructuario existentibus?*
4 *An & quo modo in vestimentis sit verus aut quasi ususfructus? & quid moribus?*

1 Cum in rebus fungibilibus verus non posset ususfructus constitui, dum usu consumuntur, nec salva post usum esse potest earum substantia; Senatusconsulto quasi usumfructum in illis admitti placuit; quo ita traduntur res fungibiles, ut, dominio earum in accipientem translato, non eædem in specie, sed in genere, seu res similes ejusdem quantitatis & qualitatis restituantur; aut earum æstimatio, quæ fuit tempore ususfructus acquisiti: *l.* 1. 2. *l. si vini* 7. *ff. h. t.* §. *constituitur* 2. *Inst. de usufructu:* Peckius *de testam. conjug. lib.* 5. *cap.* 24. *n.* 4. Ant. Matthæus *de servitut. disput.* 3. *th.* 11. 12. qualis quasi ususfructus fungibilium etiam tunc datus censeri debet, cum alicui bonorum omnium ususfructus legatus est, in quantum in bonis reperiuntur ea, quorum usus in abusu est: arg. *l.* 1. *C. de usufructu: l. uxori fructu* 24. *l. uxori meæ* 37. *ff. de usu & usufr. legato:* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 39. *n.* 27. & *seqq.* licet aliter olim Ciceroni *in topicis*, *n.* 13. *a contrariis*, visum fuerit, *non debet*, inquit, *ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis & oleariis plenis relictis, putare, id ad se pertinere; usus enim, non abusus, legatus est.* Nec mirum; nondum quippe condito senatusconsulto, quo ad res, quæ usu consumuntur, ususfructus porrectus fuit. Quo modo & Ulpianus *in fragm. tit.* 24. §. 26. scripsit, *usumfructum jure civili legari earum rerum, quarum salva substantia utendi fruendi potest esse facultas*; mox tamen Senatusconsulti de rebus fungibilibus conditi injiciens mentionem in seq. §. 27. Confer Galvanum *de usufructu cap.* 3. *n.* 3.

2 Etsi autem ultima plerumque constituatur voluntate; nihil tamen vetat, quo minus ad exemplum veri ususfructus etiam actu inter vivos introducatur: in mutuum propterea nequaquam degeneraturus; cum nihilominus maxima & media finiatur capitis diminutione: d. §. 2. *Inst. de usufructu:* & æstimatio reddi possit, ac cautio de restituendo interponi debeat, si exigatur: *l. hoc senatusconsultum* 5. §. 1. *l. si vini* 7. *ff. h. t.*

3 Cæterum, uti in auro, argento, ære, oleo, frumento, vino similibusque, ac in ipsa numerata pecunia quasi usumfructum constitui indubitati juris est: d. §. 2. *Inst. de usufructu:* ita in nominibus quoque eundem admitti, post Jurisconsultorum varietates obtinuit: *l. post quod* 3. *ff. h. t.* in quantum nomine in usumfructum dato, pecunia ipsa data intelligitur, quæ ex tali nomine venit exigenda: arg. *l.* 1. *C. de usufructu.* Et, quia tit. 1. dictum fuit, ad fructuarium fundi etiam lapicidinas, cretifodinas, metallifodinas, aliaque similia pertinere, adeo ut, si non renascantur metalla, vel lapides fructuario liceat eruta atque excisa vendere, pretioque uti; consequens est, ut & hactenus erutorum cæsorumque credamus quasi usumfructum esse, ac obstrictum fructuarium, ut pro restituenda eorundem æstimatione cautionem interponat: arg. *l. fructus* 7. §. *si vir* 13. & 14. *ff. soluto matrim. l. ult. ff. de fundo dotali: l. si ex lapidicinis* 32. *ff. de jure dot.* & ideo per *usumfructum* simpliciter positum in *l. veluti* 16. *ff. de servit. præd. rustic.* non verus sed quasi ususfructus denotatur. Vid. Sande *decis. Frisic. lib.* 5. *tit.* 5. *def.* 2. Thomingius *decis.* 12. *n.* 4. & *seqq.* Berlichius *conclus. pract. part.* 3. *conclus.* 35. *n.* 21. 22. Ant. Matthæus *de servitutibus disp.* 3. *thes.* 4. 5. 6.

4 De vestimentis quæstio magis anceps est, cujus cardo potissimum in eo vertitur, an vestes satis apte fungibilibus accenseri queant: eo enim firmato, dubium vix erit, quin & quasi usumfructum recipere possint. Fungibilibus autem vestes annumerari potuisse, non modo Justinianus auctor est, dum in d. §. 2. *Inst. de usufructu*, conjungit vinum, oleum, frumentum, *vestimenta*, & his proximam pecuniam numeratam; sed & Constantinus, dum in *l. pro auro* 25. *C. de usuris*, ait, *pro auro, argento & veste facto chirographo licitas solvi vel promitti usuras*; vestem annumerans rebus illis, quarum nomine usuræ præstantur, quas tamen non nisi ex rebus fungibilibus præstari certum est. Nec facile aptiorem facti speciem dictæ legi 25. accommodaveris, quam si in auro, argento & veste quasi usumfructum constitutum concipias, & æstimatis hisce rebus fructuarium caviss de tanta pecuniæ quantitate reddenda, ubi mortuus aut capitis diminutionem passus fuerit, quanti hæ fue-

fuerint æstimatæ, ex præscripto *d.* §. 2. *Inst. de usufr.* & *d. l. si vini* 7. *ff. h. t.* ac de eo chirographum factum esse, cum promissione usurarum in casum moræ. Præsertim, si consideres, quasi usumfructum temporis posterioris inventum esse ex Senatusconsulto; & Imperatorem, auctorem d. legis 25. id, quod de usuris, ex auro, argento, veste præstandis, definit, tanquam quid novi constituisse, seu *jussisse*, secundum verba legis, adeoque permisisse, ut usuræ nomine auri, argenti, vestis, in quasi usumfructum datæ, in conventionem deduci ex mora possent, ac voluisse totum populum ejus rei certiorem facere, per d. l. 25. quæ, tanquam edictum, ad populum totum directa fuit. Nec satis apte dixeris, in d. l. 25. talem facti speciem esse, qualis proponitur in *l. pro* 8. *C. si certum petatur*. Etenim, cum in d. l. 25. jus novum a Constantino inductum sit, ut ex antedictis apparet, frustra fuerit, qui in lege, pluribus annis anteriore, rem eandem jam fuisse decisam contendere velit. Quin potius in *d. l.* 8. non aliud comprehensum est, quam quod etiam a Jurisconsulto traditum fuerat in *l. rogasti* 11. *ff. de rebus creditis:* fictam nempe traditionem in mutuo probatam esse, dum mutuum roganti res aliæ dabantur vendendæ æstimatæ, ut pretium inde redactum mutuum esset; & mutui istius nomine usuras legitimas in conventionem recte deduci. Brunnemannus *ad d. l.* 8. Denique, cum Jurisconsultus in *l.* 1. *ff. h. t.* expresse definiat, Senatusconsulto inductum videri, ut earum rerum, *quæ usu tolluntur vel minuuntur*, possit ususfructus legari; neque præter *vestimenta* res ulla alia in legibus occurrat, circa quam quasi ususfructus esset ideo, quia *usu minuitur*, necesse est, in vestimentis, tanquam *usu minuendis*, ex senatusconsulto quasi usumfructum esse. Oleum certe, & vinum, & frumentum, usu non minui, sed in totum tolli, res ipsa loquitur: pecuniam numeratam, aurum, argentum, æs, ratione corporis nullo modo minui, expensione, adnumeratione, appensione, sed corpora eadem multoties expensa, ejusdem manere quantitatis ejusdemque valoris, sed interim expendenti, adnumeranti, appendenti, in totum perire, quatenus ita dominium & utilitas ab eo recedit, non vero diminui, expeditum est. Aut ergo in *d. l.* 1. *ff. h. t.* eximendum quoque erit illud *minuitur*, aut, si retineas, retinendum quoque fuerit in §. 2. *Inst. de usufructu*, vocabulum *vestimentorum*; quippe in quibus solis *diminutio per usum* in *d. l.* 1. occurrens, veritatem & exemplum invenire potest. Quibus adstructis, inter vestes quotidianas, & scenicas seu pompaticas distinguendum puto. In scenicis quidem aliisque id genus vestimentis usumfructum verum consistere vix ambigitur: cum enim scenicæ vestis vel aulæi vel alterius apparatus usumfructum habens, alibi quam in scena iis uti nequeat: *l. sed, si quid* 15. §. *proinde* 5. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* rarior horum usus efficit, ut non inepte domui aut servo aut jumento, quæ senio quoque aut vetustate minuuntur & deteriora fiunt, comparentur, atque ita eorum exemplo non quasi, sed verum admittant usumfructum: *d. l.* In quotidianis autem vel verum vel quasi usumfructum esse posse censeo testatoris arbitrio; qui, si vestimentorum usumfructum legaverit, ut quantitatis, quasi usumfructum dedit; si non ut quantitatis, sed ut corporis, verum constituisse dicendus est. Quod non obscure confirmat Ulpianus in *d. l.* 15. §. *& si vestimentorum* 4. *ff. de usufructu:* dum enim ibi ait, *si vestimentorum ususfructus legatus sit, non sic, ut quantitatis ususfructus legetur, dicendum est, ita uti eum debere, ne abutatur;* sequitur a contrario, vestimentorum quoque usumfructum sic posse legari, ut quantitatis ususfructus legetur; ne alioquin inutilia prorsus ac superflua videantur illa verba, *non sic, ut quantitatis ususfructus legetur* (sic enim legendum, non *sicut*, ut sensus legi constet) si vestimenta nunquam in materia ususfructus ut quantitates, sed semper ut corpora, venirent consideranda. Quod si ergo testator ea, ut fungibilia, in usumfructum concesserit, abuti iis fructuarius potest, ac tunc æstimatis iis, de certa pecuniæ quantitate post usumfructum finitum restituenda tenetur cavere: d. §. 2. *Inst. de usufructu*. Contra, si eorum usumfructum legaverit ut corporum, ipsa finito usufructu in specie reddenda sunt, nec injurius erit fructuarius, aut tenebitur, si ea reddiderit sine dolo malo attrita: *l. si ususfructus* 9. §. *si vestis* 3. *ff. usufruct. quemadm. caveat*. Ut tamen inter vestes quotidianas ac scenicas vel funebres illud intersit, quod fructuarius vestem quidem scenicam aut funebrem (de quibus agit §. 5. d. legis 15.) reddere videatur sine dolo malo attritam, licet per conductores aut commodatarios in usum scenæ attrita esset, dum non quilibet, sed soli viliores homines in scenam prodire solebant; quibus alii tunc vestes pretiosas similemque alium scenæ apparatum locabant vel commodabant, sic ut & ipsi prætores scenicis, & alii prætoribus ludos edituris, dicantur commodato dedisse: *l. si, ut certo* 5. §. *interdum* 10. *ff. commodati*. at quotidianæ vestis usumfructum habens, non sicut quantitatis, non aliter videatur sine dolo malo attritam reddere, quam si ipse attriverit; quia vir bonus quotidiana veste uti ipse solet, non aliis locare: ac de his quotidianis agit *d. l.* 15. §. 4. Firmatque hanc distinctionem, quod & pecuniam numeratam (quæ vestimentis in materia ususfructus proxima esse dicitur, §. 2. *Inst. de usufr.*) vel ut corpus vel ut quantitatem considerare possumus: *l. si, is cui* 94. §. *sin autem* 1. *ff. de solution.* atque etiam a testatoribus dupliciter considerata invenitur; in quantum, simpliciter *decem legatis*, quantitas legata intelligitur, ac debita est, licet nulla pecunia numerata in patrimonio testatoris reperiatur; at, *legatis decem, quæ sunt in arca*, magis certum corpus videtur relictum, adeo ut, istis decem in arca non inventis, nihil aliunde præstandum sit: *l. plane, ubi* 34. §. *sed hoc ita* 4. *l. si servus legatus* 108. §. *qui quinque* 10. *ff. de legatis* 1. Nec est quod quisquam moveatur iis, quæ in contrarium allata a Donello *comment. jur. civilis lib.* 10. *cap.* 4. Vinnio *ad* §. 2. *Instit. de usufructu n.* 2. aliisque. Quod enim non consumi sed atteri vestes quotidianas ajunt, debilius est; cum necessaria in quasi usufructu non sit plenaria rerum fungibilium consumptio, sed sufficiat, quod per usum desinant usui esse ei, cui quasi ususfructus earum da-

tus est, sive usu tollantur in totum, sive minuantur, ut ante dictum: *l.* 1. *in fine ff. h. t.* Confer Galvanum *de usufructu cap.* 3. *n.* 6. adeoque, quemadmodum pecunia expendendo perit, salvis licet manentibus nummorum corporibus, ita & vestis attritione desinit esse usui, etsi vestis detritæ corpus supersit. Quæ & ratio fuit, quod Imp. in *d.* §. 2. *Inst. de usufructu*, dixit, *vestimentis proximam esse pecuniam numeratam*; similitudine procul dubio in eo posita, quod utrobique post abusum, id est attritionem, atque expensionem, corpora manent in rerum natura. Ut proinde frigidius videatur, quod ad eludendum argumentum ex *d. l.* 1. *ff. h. t.* petitum, Vinnius ait *ad* §. 2. *Inst. de usufructu* per ea, quæ *usu minuuntur*, denotari res illas, quæ per partes consumuntur. Cum utique naturaliter constet, omnes res fungibiles per partes consumi, quatenus ex majore rerum fungibilium quantitate aliæ absumuntur, aliæ adhuc consumptioni in futurum asservantur; dum neque totus modius aut acervus frumenti, neque totum dolium olei vel vini uno momento comeditur aut exhauritur, & tamen illarum partium absumptionem id operari, ut neque minuantur, quæ absumpta sunt, neque minuantur necdum absumpta; sed absumpta quidem in totum absumenti perierint, non absumpta sine ulla sui diminutione integra apud quasi fructuarium remaneant, donec ei placuerit ista quoque per usum absumere: sic ut omnia fungibilia vel debeant contineri sub consumendis, quatenus per partes consumuntur, vel debeant comprehensa esse sub diminuendis, adeoque vel *consumptionis* vel *diminutionis* superflua mentio videri debeat; quod non erit, si per *usu diminuenda* designentur vestimenta. Non magis juvat, quod vestes commodari atque locari posse probatur ex *l. si, ut certo* 5. §. *interdum* 10. *ff. commodati*: §. *pen. Institut. de locatione*: quorum tamen contractuum ea natura est, ut in res fungibiles usu pereuntes non cadant. Etenim primo quidem in fungibilibus quoque rebus commodatum consistere, nihil vetat, si modo illæ dentur, ut non fungibiles: quomodo in ipsa numerata pecunia (quam vestimentis proximam esse dixit Imp.) non mutuum tantum, sed & commodatum esse, quoties ad pompam & ostentationem, ac dicis gratia, usus ejus datur, ex Ulpiano & Cajo discimus *l. sed mihi* 3. §. *ult. l.* 4. *ff. commodati*. Sed & secundo, uti in veste commodatum atque locatio est, ita verum quoque usumfructum esse posse, inficias eundum non est, ac supra jam demonstratum, maxime, si de scenicis quæstio sit, uti de iis agit *d. l.* 5. §. 10. *ff. commodati*: sed id non impedit quo minus in quotidianis, perinde ut in cæteris quantitatibus seu rebus fungibilibus, etiam quasi ususfructus constituatur, ut jam probatum; animo scilicet ac destinatione patrisfamilias, usumfructum vestimentorum concedentis, efficiente, ut fructuarius iis vel utatur tantum, & in specie restituat, vel abutatur, ad æstimationem reddendam cautione devinctus. Nec recte dixeris, ea ratione in cæteris quoque rebus, velut jumentis, servis, aliisque, quasi usumfructum posse constitui, dum testator eas res æstimatas dat utendas, sub cautione certæ pecuniæ restituendæ, finito usufructu: *l. si vini* 7. *ff. h. t.* atque ita nihil esse in vestimentis peculiare. Non enim istam de quasi usufructu, in jumentis & servis cæterisque rebus non fungibilibus constituendo, assertionem facile admiserit, quisquis perpenderit, non nisi in subsidium & utilitatis causa ex Senatusconsulto quasi usumfructum in iis fuisse rebus inductum, quæ *per usum tolluntur vel minuuntur*, *l.* 1. *in fine ff. h. t.* quod in vestimentis quidem evenit, in servis vero ac jumentis non item; cum & servorum & jumentorum usus ac operarum exercitium boni viri arbitratu non deteriorem, sed plerumque meliorem faciat eorum conditionem, uti ex diverso torpent ut plurimum & corrumpuntur otio, inertia, ac quiete, minusque in posterum utiles apparent operarum præstationes. Neque etiam tale quid, quale objicitur, habet *d. l. si vini* 7. *ff. h. t.* quippe in qua dum Gajus vult, idem, quod in olei, vini, frumenti usufructu legato obtinet, *de cæteris quoque rebus, quæ usu continentur, intelligendum esse*, non alias res respexit, quam quæ æque, ac oleum, vinum atque frumentum, fungibilibus adnumerari solent, qualia sunt aurum, argentum, æs & similia, quæ pondere, numero ac mensura constant, & admetiendo, adnumerando aut appendendo in hoc dantur, ut accipientium fiant, ut ait Imp. *pr. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* nec alio sensu in d. l. 7. dicuntur *usu contineri*, quam quia nihil in his rebus præter usum est, nihil post usum superest, dum usus in abusu & consumptione consistit: imo quas res Gajus dixit *usu contineri*; Ulpianus descripsit, ut tales *quæ in abusu continentur*, in fragmentis *tit.* 24. §. 27. Et generaliter illud quidem verum est, res fungibiles ex patrisfamilias destinatione posse rerum non fungibilium naturam induere quantum ad effectus; at ut res non fungibiles induerent naturam fungibilium, exemplo nullo satis idoneo ex legibus probari posse crediderim. Concludo itaque, in vestimentis scenicis atque pompaticis perinde ac in supellectili, verum, in quotidianis quasi usumfructum in dubio præsumendum esse, si juris civilis principiis inhærendum sit; etsi me non fugiat, aliquando in Hollandia judicatum fuisse, in vestimentis omnique apparatu lineo, laneo, lectis, stragulis similibusque, æque, ac in reliqua supellectile, non quasi sed verum usumfructum legatum intelligi, & liberari fructuarium singula reddendo corpora, licet sine dolo malo attrita, nec compellendum, ut de æstimatione restituenda cautionem interponat, nisi aliud testator constituat; si fides auctori appendicis decisionum utriusque curiæ *post consil. Holland. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 37.

TITULUS VI.

Si Ususfructus petatur, vel ad alium pertinere negetur.

SUMMARIA.

1 *Cur non æque circa res corporales, ac circa servitutes, negatoria actio recepta sit?*
2 *Quid sit confessoria actio; & an fructuarius* *aut*

aut hæres ejus de fructibus præteriti temporis agere possit, si pendente lite ususfructus finiatur?

3 *Quid sit negatoria? utraque etiam possidentibus datur; quod non ita est in rei vindicatione. Quem casum designaverit Imp. in §. 2.* Inst. de action. in fine, *ubi in rei vindicatione is, qui possidet, actoris partes obtinet?*

4 *An si maritus uxori bonorum suorum usumfructum legaverit, vidua privata auctoritate possit in bonorum istorum possessione manere, aut ea occupare?*

1 Occasione ususfructus ac cæterarum servitutum, sive personalium sive realium, duæ in jure nostro actiones sunt proditæ, confessoria & negatoria. Quæ negatoria etiam *contraria* dicitur: *l. sicut* 8. *ff. si servit. vind.* Quod autem duplex hic actio sit, cum rerum corporalium intuitu unica tantum rei vindicatio competat, ejus hanc merito rationem dixeris, quod, qui agit, de suo jure, non de alieno, contendere debeat, ac quod sibi, non quod alteri debetur, persequi: *l. uti frui* 5. *pr. ff. h. t. pr. Inst. de action.* In rebus autem corporalibus ita comparatum est, ut ex eo, quod actor negat, rem esse adversarii in possessione constituti, non necessario sequatur, rem petitoris esse; quia ad tertium extra litem positum jure dominii posset pertinere. Cum ergo negatione simplici, *rem possessoris esse*, nullum sibi ipsi jus quisquam asserat, inutilem esse in rebus corporalibus negatoriam actionem, sponte patet; nemine victoriam illic obtinente, nisi qui *rem suam esse* affirmaverit pariter atque probaverit. At ex adverso in servitutibus, quisquis rem suam alteri personæ aut rei servire negat, eo ipso libertatem suæ rei assertum it; in quantum negationi servitutis inest affirmatio libertatis ab eo, quod per alium arrogabatur, servitutis onere atque jure: ac proinde utilis hic esse potest negatoria actio; quippe qua non de jure tertii, sed suo, rei suæ libertate, contendit, eandemque vindicat adversus eos, qui servitutem non jure nitebantur usurpare: *d. l. uti frui* 5. *ff. h. t. l. loci corpus* 4. §. *competit* 7. *ff. si servit. vindic.* Arnoldus Vinnius *ad* §. 2. *Inst. de action. n.* 6.

2 Confessoria (forte sic dicta, quia adversarius per eam adigitur fateri, rem suam servire) est actio civilis in rem, arbitraria, competens ei, cui ususfructus constitutus est. Non ei, cui tantum contractu promissus, sed nec dum quasi traditione acquisitus fuit, quippe cui sola personalis ex contractu actio danda foret. Uti nec vero domino; cum ei non possit res sua servire: *l. uti frui* 5. *ff. h. t.* Adversus quemvis rei fructuariæ possessorem, aut in possessione ususfructus constituti turbantem: *l.* 1. *pr.* & §. 1. *l.* 5. §. 1. *ff. h. t. l. cujuscumque* 60. §. 1. *ff. de usufr. & quemad. quis utat.* aut liti se offerentem quasi possideret: *l. ult. ff. h. t.* præcipue adversus ipsum rei servientis dominum: *d. l.* 5. §. 1. *ff. h. t.* Ad id, ut res declaretur usuifructui obnoxia, & adversarius possessionem cum fructibus restituat, aut patiatur actorem quiete uti frui: *d. l.* 5. §. *in his* 3. & §. *ult. ff. h. t.* quod si ant lite pendente, aut etiam ante litem cœptam ususfructus extinctus sit morte fructuarii aliove modo, de fructibus præteriti temporis, & eo quod interesset ante finitum usumfructum tam fructuarius, quam hæres ejus, utiliter experiri potest: *l. uti frui* 5. §. *si post* 4. *ff. h. t.* arg. *l. quod est* 3. §. *pen. ff. de vi & vi armata.*

3 Negatoria itidem civilis est in rem, arbitraria, quæ rei domino datur, nec alteri quam domino dari potest, etiamsi possessor rei non esset fructuarius; cum utique possessor sola possessionis efficacia potior sit, licet nullum de cætero jus habeat: *d. l.* 5. *pr. ff. h. t.* Contra eum, qui usumfructum non jure usurpat, aut tanquam fructuarius dominum in libera rei suæ & libertatis possessione turbat; ad id, ut res declaretur libera ab onere istius ususfructus, adversario injungatur restitutio rei cum fructibus, ac eo quod interest; vel, ut in posterum turbare desinat: *d. l.* 5. §. *ult. ff. h. t.* Agit enim actionibus hisce non is tantum, qui possessione destitutus est; sed & qui etiamnum possidet, ne inquietetur: *d. l.* 5. §. *ult. ff. h. t.* qua in re inter actiones hasce ac corporalium rerum vindicationes Imperator differentiam observavit in *d.* §. 2. *in fine Instit. de actionib.* subjungens tamen, *sane uno casu qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut ex latioribus digestorum libris opportunius apparebit.* Quibus verbis, dum alii alios casus singulares ex jure nostro petitos affingere tentant, ut videre est apud interpretes ad d. §. 2. ego, ut quod sentio edisseram, persuaderi nequeo, ut Imperatorem ad unum quendam casum singularem ibi respexisse credam; quippe quem, si ita esset, æque parco verborum apparatu potuisset exprimere, quam quo lectores ad latiora remittit Pandectarum volumina. Quin potius, dum ait, uno casu possidentem *actoris partes obtinere*, non vero, eum inspecto judiciorum ordine actorem esse; propius est, ut tantum de actoris officio in reum transferendo verba intelligamus. Actori scilicet ut alias regulariter, ita & in rei vindicatione incumbere probandi onus, tralatitium est; sic ut actore non probante reus absolvendus sit, licet nihil ipse præstet: *l. qui accusare* 4. *C. de edendo.* Sed si intentionis suæ fundamentum actor jam adstruxerit, tum deinceps reo incumbit onus probandi exceptionem suam, intentioni actoris oppositam; quo respectu cum *reus in exceptione actor* dicatur: *l.* 1. *ff. de exception.* juncta *l. si quidem* 9. *C. eod. tit.* hunc esse casum illum existimo, quo is, qui possidet, actoris partes obtinet. Atque ita (ut facti specie res fiat evidentior) cum fratres emancipati una cum fratribus in potestate retentis patri suo defuncto simul hæredes essent, ac fratres emancipati fundum quendam paternum possidentes velut a patre communi sibi donatum, a fratribus reliquis simulque cohæredibus rei vindicatione convenirentur; in confesso autem esset, & patrem fundi litigiosi fuisse dominum; & fratres actores patri successisse, adeoque abunde videretur constare actorum jus; injunctum fuit fratribus possessoribus rei vindicatione conventis, ut docerent, unde, seu quonam titulo, domini facti essent; atque ita detegerent, non satis jus-

to intentionem actorum fundamento constitisse: *l. si se possidetis* 16. *C. de probation.*

4 Illud haud negligendum, licet regulariter ususfructus promissus actione personali, constitutus actione in rem confessoria per fructuarium petendus sit; tamen, ei maritus uxori bonorum suorum usumfructum legaverit, necesse non esse, ut uxor adversus hæredes mariti actione quadam de usufructu legato contendat; sed propria auctoritate posse in rerum fructuariarum manere possessione, iisdemque uti frui; illis præsertim in locis, in quibus viget *massariæ* jus: eo enim jure cessante, consultius fuerit viduæ, res mariti haud possidenti, ordinariis experiri juris remediis adversus mariti hæredes, de usufructu sibi legato; nec iisdem reluctantibus rerum hæreditariarum invadere possessionem: Peckius *de testam. conjug. lib.* 5. *cap.* 24. *n.* 2. Vincent. Carocius *decis.* 45. *n.* 15. *& seqq.*

TITULUS VII.

De Operis Servorum.

SUMMARIA.

1. *Quid sit servitus operarum; & in quibus distet ab usufructu?*
2. *In quibus differat ab usu?*
3. *An & servitus operarum jumenti detur, quæ ab usu & usufructu distincta est?*

1 Servitus operarum est jus percipiendi omne commodum ex operis servi alieni. Et differt ab usufructu vel usu servi: *l.* 1. §. *si ususfructus* 9. *ff. ad leg. Falcid. l. huic stipulationi* 5. §. *ult. ff. usufr. quemadm. caveat:* operarum namque legatarum dies non ab adita hæreditate cedit, sed demum, ex quo illæ petitæ sunt. Nec operarum servitus morte aut capitis diminutione illius, cui debetur, aut non utendo, evanescit, sed demum morte servi aut usucapione ejus. Quæ aliter obtinent in usufructu, qui morte quidem fructuarii & non utendo perit, sed non rei fructuariæ usucapione: *l. hominis operæ* 2. *l. operæ* 7. *ff. de usu & usufructu legato: l. locum autem* 17. §. *pen. ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Quibus non contradicit Gajus in *l. in hominis* 5. *& l.* 4. *ff. h. t.* licet enim (ut ibi dicitur) *fructus hominis etiam in operis consistat, & retro in fructu hominis* etiam *operæ sint*, non tamen ideo aliæ diversitates exclusæ sunt, quatenus etiam præter servi operas alia in usufructu servi comprehenduntur, nec in usufructu tam diuturna est operarum præstatio atque quidem in hac operarum servitute, non fructuarii sed servi demum interitu evanescente.

2 Qui autem operas servi habet, easdem elocare potest: *d. l.* 2. *ff. de usu & usufr. legato:* quod non potest qui tantum usum servi sibi constitutum habet: *l. plenum* 12. §. *ult. ff. de usu & habitat.* §. *item is, ad quem* 3. *Instit. eod. tit.* Licet enim hic quoque verum sit, *operis servi legatis usum datum intelligi*, uti loquitur JCtus in *l. pen. ff. h. t.* non tamen id impedit, quominus & alia præter usum insint pinguiori huic operarum servituti.

3 Quæ de operis servorum dicta, ad jumentorum quoque operas extendi posse, sic ut & legatum operarum jumenti ab usu & usufructu jumenti distet, colligi potest ex iis, quæ Ulpianus tradidit in *l. huic stipulationi* 5. §. *ult. ff. usufr. quemad. caveat:* præsertim, cum & jumenti proprietas utilis proprietario maneat tum in fœtura ejus, tum in carne corioque post mortem.

TITULUS VIII.

De Usu & Habitatione.

SUMMARIA.

1. *Quid sit usus? in quo distet ab usufructu? Quid juris, si uni ususfructus, alteri usus, tertio proprietas ejusdem rei detur? Quo sensu usus sine fructu, fructus sine usu esse possit, vel non?*
2. *Quantum usuarius capere debeat, judicis arbitrium est; aucta familia plus percipere licet; sylvæ cæduæ usu civitati dato, omnia membra, licet numero aucta, cædere possunt.*
3. *Minus est in usu quam usufructu; nisi usus pecuniæ datus sit, vel usuarius omnibus fructibus indigeat; vel nisi usus sine fructu inutilis sit. An id etiam in usu sylvæ cæduæ obtineat?*
4. *Usuarius alteri nequit usum vendere aut gratis concedere, nec res usuarias elocare, paucis casibus exceptis.*
5. *Qualia onera & impensas ferat usuarius?*
6. *Quid sit habitatio? an habens jus inhabitandi possit alteri gratis concedere habitationem?*
7. *Quibus modis extinguatur habitatio? non morte ejus, qui concessit.*
8. *Non capitis diminutione aut non utendo; & cur?*
9. *In dubio magis habitatio sola, quam plena proprietas præsumitur legata. Quid juris, si legetur domus ad inhabitationem; vel, ad inhabitandum quamdiu legatarius vivit?*

1 Usus est jus alienis rebus utendi ad necessitatem quotidianam, salva rerum substantia: qualis servitus etiam data intelligitur, cum χρησις relicta est: *l.* 10. §. 1. *ff. h. t.* Vide Rævardum *lib.* 2. *varior. c.* 10. (vel 12.) & ab usufructu distat: eum enim ususfructus dividuus esset, & pro parte legari posset, ac admitteret jus accrescendi, contra nihil horum in usu admissum fuit: *l. usus pars* 19. *ff. h. t.* potestque & usus sine fructu & fructus sine usu esse: *l. huic stipulationi* 5. §. 1. *&* 2. *ff. usufructuar. quemadm. caveat:* nec a juris ratione absonum est, alteri usumfructum sine usu, usum alteri sine fructu, tertio nudam proprietatem legari: *l. per servum* 14. §. *ult. ff. h. t.* quo casu usuarius deducet primo quantum suæ sufficit necessitati: re-

reliquum ex fructibus cedet fructuario: *l. si alii* 42. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Aliter quam obtineret, si simpliciter uni ususfructus, alteri ejusdem rei usus legatus esset; quippe quo casu uterque tanquam conjunctus in usu concurreret, fructum haberet solus ille, cui is legatus erat: *l. per servum* 14. §. *pen. ff. h. t.* Paulus *recept. sent. lib.* 3. *tit.* 6. §. 25. Eodem modo, quo, si uni fundus, alteri ejusdem fundi ususfructus legatus fuerit, ambo dicuntur in usufructu concursuri: *l. si tibi decem* 6. *ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum. l. si alii fundum* 19. *ff. de usu & usufr. legato.* Verum cum hac ratione testantium judicia nimia videantur subverti subtilitate ac syllabarum aucupio, rectius est ut cum Groenewegio ad *d. l.* 19. & aliis ab eo allegatis, uni tantum usum, alteri usumfructum deducto usu, ex hujusmodi testatoris elogio assignemus. Sed & usufructu constituto, usum posse per acceptilationem tolli, eo quod usus sine fructu esse possit, ab Ulpiano responsum in *l. & per* 13. §. *si quis* 3. *ff. de acceptilatione.* Nec his contrarium est, quod usufructui usus insit, uti id ex ususfructus definitione constat, & manifeste colligi potest ex *l. is, qui usumfructum* 20. *ff. quibus mod. ususfr. amitt.* quodque fructus sine usu esse nequeat, ac inutile legatum sit, si fructus legetur deducto usu; ademptio denique nulla sit, si fructu legato usus adimatur: *l. per servum* 14. §. *ususfr.* 1. *ff. h. t.* Verum etenim est, usum quidem illum, qui separatam ab usufructu servitutem constituit, abesse ab usufructu posse; ac de eo usu accipiendi Jurisconsulti, dum in *ll.* superius citatis fructum dixerunt sine usu consistere: sed id non impedit, quo minus fructui, etiam ab usus servitute separato, usus insit, in quantum fruendo non potest non simul uti; innuente id satis Florentino JCto; *si alii* (inquit) *usus, alii fructus ejusdem rei legetur, id percipiet fructuarius, quod usuario supererit: nec minus & ipse fruendi causa & usum habebit: l. si alii* 42. *ff. de usufructu & quemadm. quis utat.* Confer Galvanum *de usufructu cap.* 21.

2 Quantum vero usuarius usus constituti nomine percipere debeat, judex ex conditione ejus, dignitate scilicet, familiæ numero, aliisque arbitrabitur: aliquo enim largius cum usuario agendum est pro dignitate ejus, cui relictus est usus; neque tam stricte interpretandæ voluntates defunctorum: *l. plenum* 12. §. 1. *in med.* & §. 2. *in fine: l. divus* 22. §. *ult. ff. h. t.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 44. *n.* 3. *& seqq.* Hinc aucta familia, modo id sine dolo fiat, etiam plus usuarius consumere potest: arg. *l. peculium* 65. *ff. de legatis* 2. *l. grege* 22. *ff. de legatis* 1. Cæpolla *de servitut. præd. urb. cap.* 50. *n.* 5. *& seqq.* Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 4. ex eoque fundamento traditum ab interpretibus, si concessum fuerit oppido, vico, pago, aut alteri universitati jus secandi ligna ex vicino nemore, quantum cuique membrorum ejus ad usum sufficit, aucto postea membrorum seu incolarum numero, omnibus tamen competiturum hoc lignorum cædendorum jus. Costalius aliique ad *d. l.* 22. *ff. h. t.*

3 Licet autem usus iisdem modis constituatur ac finiatur, quibus ususfructus, & iisdem in rebus consistere possit: *pr. Instit. h. t.* minus tamen est in usu, quam in usufructu, uti id de usu fundi, ædium, servorum, jumentorum ac pecorum exponit Imperator in §. 1. *& seqq. Instit. h. t. l. si habitatio* 10. §. *ult. l. plenum* 12. §. 1. 2. *& seqq. ff. h. t.* nisi pecuniæ numeratæ usus constitutus sit, quippe qui ab usufructu pecuniæ non separatur: *l. hoc senatusconsultum* 5. §. *ult. l. quoniam* 10. §. 1. *ff. de usufr. ear. rer.* vel nisi ad necessitatem quotidianam omnibus fructibus indigeat usuarius; quo casu cum omnes consumere possit, non plus utilitatis proprietario superest, quam si ususfructus constitutus esset: *l. fundi usu* 15. *ff. h. t.* licet in cæteris maneat natura usus, sic ut nec vendere alteri nec elocare possit, ut post dicetur. Vel nisi usus sine fructu esset inutilis, quo casu etiam venditionem usuario permitti Pomponius a Divo Hadriano constitutum observat: *l. Divus* 22. *ff. h. t.* Sed cum id ab Hadriano in singulari tantum casu constitutum fuerit, quo quibusdam usus sylvæ legatus erat, cujus peculiares potuerint esse circumstantiæ in lege non expressæ; vix est, ut regulariter legatario usus sylvæ cæduæ permittatur lignorum ex ea sylva cæsorum venditio: præsertim cum ratio, in d. l. 22. proposita, si generaliter acciperetur de omni casu, manifestissimam esset involutura falsitatem: quis enim obsecro, verum esse credat, *nihil habituros esse legatarios usus sylvæ, nisi ipsis sylvam cædere liceret & vendere; quemadmodum usufructuariis licet:* si modo consideret, utilitatem in eo posse consistere, quod quis ad quotidianas necessitates ex sylva cædua ligna ferat, juxta *l. plenum* 12. §. *præter* 1. *in fine ff. h. t.* & §. 1. *Inst. h. t.* atque hinc est, quod Costalius *ad d. l.* 22. post Joh. Fabrum restringit d. legem 22. ad casum, quo tam remota est sylva usuaria, ut commode percipi usus ejus sine venditione non possit.

4 Illud sane constat, usuarium non posse usum suum seu commodum ejus in alium transferre, sive vendendo, sive locando, sive donando; quamvis hæc possit fructuarius: §. 1. 2. 5. *Inst. h. t. l. sed neque* 8. *l. inque* 11. *ff. h. t.* eo quod usufructuarii omnes æqualiter viri boni arbitratu fruuntur; at fructuum jure usus absumendorum quantitas pro ratione personæ variat, dum non una & conformis omnium indigentia est. Ut tamen permissa locatio sit, si vel hæc videatur fuisse mens concedentis usum, vel forte aliter inutilis usuario usus esset, dum testator sciens usuarium hujus esse instituti, & vitæ, ut rerum talium usum elocaret, ipse rebus non uteretur, earumdem usum ei reliquit: *l. plenum* 12. §. *equitu.* 4. *ff. h. t.* vel denique ædium spatiosarum usus homini mediocri concessus sit: neque enim invidendum ei fuit, si modica portiuncula contentus; reliqua ex parte elocata pensionem percipiat: *l. cæterum* 4. *ff. h. t.* præsertim cum id jure constitutum sit; quod, licet tam angustus sit legatarius, cui domus usus legatus est, ut non possit occupare totius domus usum; tamen eis, quæ vacant, proprietarius nequeat uti: *l. pen.* §. *licet* 1. *ff. h. t.*

5 Sed uti minus in usu est quam usufructu ratione commodi, ita quoque onerum ferendorum intui-

tuitu minus est; cum enim usufructuarius impensas modicas facere obstrictus sit, eo quod omnes fructus suos facit, ut latius *tit. de usufructu* dictum: usuarius ex adverso nullas suffert; nisi ita omnem absumat rei utilitatem, ut fructum nullum percipere proprietarius queat. Qua ratione ædium usum habens, easdem reficere cogendus est, quoties nulla earum parte proprietarium uti patitur: *l. si domus* 18. *ff. h. t.* Nec dubium videtur, quin is, cui usus servi constitutus est, alimenta ei subministrare teneatur; cum omnes operas ejus utendo consumere queat: arg. *l. in rebus* 18. *§. possunt* 2. *ff. commodati: l. item si servi* 30. *§.* 1. *in fine ff. de ædilit. edicto.* Rarior interim hodie usus quam quidem ususfructus inter privatos constitutio est, ob difficultates plerumque emergentes, quo usque usuarius uti debeat, & ob deprædandorum fructuum metum sub usus exercendi obtentu.

6 Habitatio, ad usum proxime accedens, est jus inhabitandi ædes alienas salva earum substantia, quam qui habet sibi constitutam, alteri non quidem donare, sed tamen locare potest: *l. si habitatio* 10. *ff. h. t. §. pen. Instit. h. t.* Adde responsa JCtor. Holland. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 13. Manticam *de conject. ult. volunt. lib.* 9. *tit.* 4. *n.* 8. cui non contradicit Vivianus, dum habitationem commodato concedi posse asserit: *l.* 1. *§.* 1. *ff. commodati:* cum tamen commodatum gratuitum sit, & liberalitatis ac donationis speciem contineat. Non enim legis illius sensus est, quod habitationis jus, jam alteri constitutum, commodato concedi possit per eum, cui constitutum est: sed potius, quod, uti per legatum alicui conferri potest inhabitandi jus, & servitus hæc constitui, ita & per commodatum; quod & colligi potest ex *l. si gratuitam* 17. *ff. de præscriptis verbis*, quæ ejusdem Viviani mentionem facit. Atque ita in *l. Aquilius* 27. & *l. Lucius* 32. *ff. de donation.* epistola proponitur, qua permittitur alteri *hospitio quodam superioribus diætis omnibus gratuito uti: habitare in certo cœnaculo eoque uti ex dono.* Adeoque non de constituta, sed per commodatum constituenda habitatione *d. l.* 1. *§.* 1. intelligenda est: eodem nempe modo, quo & per precarium servitutes constitui posse, Pomponius asserit: *l. & habet* 15. *§. precario* 2. *ff. de precario.*

7 Perit autem hæc servitus morte ejus, cui concessa; cum personalis sit: *l. si habitatio* 10. *ff. h. t. l. habitatio* 11. *C. de usufructu:* non vero morte concedentis; quippe cujus hæredes ratam habere tenentur habitationis concessionem a defuncto factam, sive is oneroso sive lucrativo donationis titulo eandem concessisset; cum non magis donatio, quam contractus alii, morte donantis evanescat: *l. Aquilius Regulus* 27. *ff. de donation.* Sed graviter his obstat *l. Lucius Titius* 32. *ff. eod. tit. de donation.* quæ hæredibus voluntatis mutandæ ac revocandæ habitationis tribuit facultatem. Antinomiæ hujus tollendæ causa varii varias tentarunt distinctiones, vide Cujacium *lib.* 17. *obser.* 35. Pacium *enantioph. cent.* 6. *n.* 81. Zoesium *ad Pand. tit. de donationibus n.* 58. Wissenbach *ad d. tit. de donation. vol.* 2. *disput.* 16. *n.* 16. sed quæ minus probabiles, nec nodum solvunt. Verius est, *d. legem* 32. de precaria habitationis concessione agere; nam & habitationem precario concedi posse, constat ex *l.* 2. *C. de precario.* Cumque hæc precarii natura sit, ut hæredes concedentis, tanquam ejusdem juris ac potestatis cum defuncto, æque ac concedens ipse, precario datum rei usum revocare possint, ut dicetur *tit. de precario*, & patet ex *l. locatio* 4. *ff. locati: l. ait prætor* 2. *§. & naturalem* 2. *l. cum precario* 12. *ff. de precario:* quid quæso mirum, si & hæredibus in *d. l.* 32. voluntatis mutatio permissa sit. Atque ita de precario eam jam ante interpretatus fuit cum aliis Covarruvias *variar. resolut. lib.* 5. *cap.* 15. *n.* 1. quos & ideo in d. l. 32. non legisse, *quamdiu volueris, utaris*, ut Florentinus liber habet; sed *quamdiu voluerim*, probabile est; cum alioquin, servata Florentini codicis lectione, de precario accipi lex nullo modo posset: quod & Antonio Fabro placet, qui & ideo *lib.* 2. *conjectur. cap.* 19. pro *volueris* substituit *voluerim*, constituto donationis & habitationis concessæ fine, non in donatarii sed donantis arbitrio ac potestate.

8 Non tamen evanescit habitatio non utendo, aut capitis diminutione: *d. l. si habitatio* 10. *ff. h. t. l. penult. ff. de capite minutis.* Cum enim capitis diminutione, & non utendo, non alia amittantur, quam quæ in jure consistunt, habitationem his modis non extingui necesse fuit, eo quod in facto magis, quam in jure consistit, ut Modestinus ait in *d. l. pen. ff. de capite minutis:* neque dubium, quin habitatio sit alimentorum pars, sic ut alimentis legatis, cibaria, vestitus & habitatio videantur data: *l. legatis* 6. *ff. de aliment. vel cibar. legatis:* naturalem vero esse alimentorum præstationem, vel inde certum est, quod & servis pœnæ, & deportatis, juris civilis prorsus incapacibus, deberi ex legato possint, nec tam quæratur, an legati aut juris alicujus capaces sint, quam potius hoc unum, an de facto ali possint: *l. is cui* 11. *ff. de aliment. vel cibar. legat. l. si in metallum:* 3. *ff. de his quæ pro non scriptis.* Et hoc est quod per JCtum in *d. l. pen. de capite minutis*, indigitatum puto, dum dixit, *habitationem in facto magis quam in jure consistere.*

9 Est autem subinde ob verborum ambiguitatem incertum an plena proprietas ædium, an nudum habitationis jus videatur concessum: sed placuit Justiniano, in dubio non dominium ædium, sed solam habitationis servitutem præsumi relictam; nisi probationibus evidentissimis ipse legatarius ostendere possit, etiam dominium ejus domus sibi relictum esse: *l. cum antiquitas* 13. *C. de usufructu.* Ut tamen censeri debeat proprietas legata, si cui ædes certæ, ac suis designatæ confinibus situque, *ad inhabitandum* legatæ: nam & si prædia legentur *ad alimenta*, non fructuum tantum, sed plenam proprietatem videri legatam, responsum est; ac adjectionem illam *ad alimenta* aut simile quid, magis ad causam legandi quam ad usumfructum constituendum pertinere: *l.* 4. *l. pen. in fine ff. de aliment. vel cibar. legat.* Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 9. *tit.* 4. *n.* 8. & *tit.* 2. *n.* 29. Menochius *lib.* 4. *præsumpt.*

133.

133. *n.* 11. Carpzovius *defin. for. part.* 3. *constit.* 13. *defin.* 9. & *defin.* 10. *n.* 4. Peckius *de testamentis conjug. lib.* 5. *cap.* 25. *n.* 6. (dissentit Galvanus *de usufructu cap.* 23.) nisi adjectioni *ad alimenta*, *ad usumfructum*, *ad habitationem*, subjungantur verba, *quamdiu vivit:* tunc enim non proprietas, sed habitatio sola aut usufructus, morte personæ evanescens, videretur datus, quasi designata habitatione vel usufructu, dum propria ejus exprimitur qualitas ac natura. Everhardus *consil.* 180. Menochius *d. lib.* 4. *præs.* 133. *n.* 12. Castillo Sotomayor. *de usufructu cap.* 30. *n.* 4. & *seqq.* Carpzovius *defin. for. part.* 3. *constit.* 13. *defin.* 9. *n.* 7. 8. & *defin.* 10. Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 9. *tit.* 2. *n.* 29. *in fine*. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 16. Responsa JCtor. Holland. *part.* 1. *consil.* 75.

TITULUS IX.

Usufructuarius quemadmodum caveat.

SUMMARIA.

1 *Qualis cautio in vero & quasi usufructu & usu & habitatione interponenda sit? & quid restituendum sit, ut satisfiat cautioni de restituendo?*

2 *Inventarium fieri rerum fructuariarum suasit jus Romanum, desiderant omnino mores; nec liber est ab inventarii necessitate, cui alienandi potestas data est.*

3 *Cavet fructuarius datis fidejussoribus. Quid si fidejussores invenire nequeat? quid si per contumaciam cavere nolit?*

4 *Quis cavere debeat, si legatarius usumfructum legatum alteri restituere rogatus sit?*

5 *Cavendum illis, ad quos finitus ususfructus redibit: singulis, si plures sint: utrique, si incertum, ad quem ex duobus rediturus sit: etiam confructuario ob jus accrescendi.*

6 *Evanescit cautio, si is, cui cautum, durante usufructu amittat proprietatem.*

7 *Quibus cautio a lege remissa sit? an ei, cui ususfructus pure proprietas in diem, vel sub conditione legata? An patri; an moribus etiam matri?*

8 *An donatori?*

9 *An cautio fructuaria remitti possit per eum, qui usumfructum actu inter vivos constituit? An & hæres testatoris usumfructum legantis? an & ipse testator, respectu membri utriusque fructuariæ cautionis?*

10 *Quo modo per indirectum testator possit fructuario remittere cautionem?*

11 *Cautio ab initio non exacta, postea tamen durante usufructu exigi potest, sine ulla temporis præscriptione. Si nec tunc exacta sit, quibus remediis proprietarius finito usufructu ad rerum restitutionem experiri possit? Cautio non est de substantia veri vel quasi usufructus.*

1 Ut is, ad quem ususfructus & usus finitus redire debet, de jure suo securus sit, nec malitia aut inopia fructuarii in damno hæreat, cautionem interponi necesse est; quæ tamen aliter in vero, aliter in quasi usufructu concipitur. Quasi fructuarius enim, cum rerum fructuariarum dominus sit, & abutendi atque consumendi potestatem habeat, de utendo fruendo boni viri arbitratu cavere non compellitur, sed tantum de re eadem in genere, vel æstimatione ejus reddenda: *l. si vini* 7. *ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum.* §. 2. *Instit. de usufr.* Vid. *tit. de usufr. ear. rer.* At fructuarius usuarius & habitationis jure gaudens, se fruiturum, usurum, habitaturum boni viri arbitratu; & finita servitute rem eandem in specie restituturum cavet, dolumque malum abesse & abfuturum esse: *l.* 1. *pr.* & §§. *seqq. l. huic. stipulationi* 5. *ff. h. t.* Cujus cautionis membrum alterum, quatenus de restituendo agit, semel tantum committi potest, post finitum nempe usumfructum; alterum, quo de fruendo boni viri arbitratu promittitur, sæpius etiam usufructu constante: *l.* 1. §. *pen. ff. h. t.* Adde Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 17. Censeturque satisfacere fructuarius cautioni de restituendo, si id reddat, quod tempore ususfructus finiti ex re fructuaria extabit, si illa casu aliquo diminuta vel extincta dicatur, vel sine dolo malo attrita sit: *l.* 1. *in pr.* & §. *ult. l. si ususfructus* 9. §. *pen. ff. h. t.* Andr. Gayl *lib.* 2. *observ.* 46. *n.* 4. Responsa JCtor. Holl. *part.* 4. *consil.* 76. *post med.* & *consil.* 78.

2 Quia vero post longa tempora & finem vitæ longævi hominis dubium esse posset, quarum, qualium, quantarumque rerum ususfructus datus esset, præsertim, ubi bonorum omnium, aut supellectilis, aut alterius rerum universitatis ususfructus est; recte factum hæredem & legatarium, ait Ulpianus, si in testatum redegerint, quales res sint, cum frui incipit legatarius, ut inde apparere possit, an & quatenus rem fecerit pejorem; atque insuper constare, in quid fidejussores obligati sint: *l.* 1. §. *recte* 4. *ff. h. t.* Cumque justum visum fuerit ac populare hoc Ulpiani consilium, utpote litium multarum materiam tollens, ac a difficili sæpe probandi necessitate proprietarium sublevans, paulatim in perpetuam transivit observantiam, tantusque moribus hodiernis ejus inventarii conficiendi favor repertus est, ut fructuarius nunc non minus ad inventarii confectionem quam cautionis interpositionem constringi possit; imo facilius aliquando cautionis quam inventarii remissio procedat, ut post dicetur. Neque ab hac inventarii conficiendi necessitate fructuarium omnium bonorum liberabit, quod ei cum usufructu libera quoque alienandi potestas concessa sit: cum enim talis, tanquam fiduciarius universalis fideicommisso gravatus considerari debeat, ut *tit.* 1. dictum, & ideo quartam ad minimum debeat restituere, nec sine prævia bonorum omnium descriptione dignosci queat, quam quantitatem quarta contineat, consequens est, ut & ipse ad inventarii compellatur conscriptionem: arg. *nov.* 108. *cap.* 1. Sande *decis. Frisic. lib.* 5. *tit.* 5. *def.* 4. Neostadius *curiæ Holl.* de-

decis. 20. & *supr. Cur. decis.* 91. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 144. *n. ult.* & 145. *n.* 10. 11. Ant. Faber *Cod. lib.* 6. *tit.* 27. *def.* 25. D. Someren *de jure novercar. cap.* 7. *n.* 11.

3 Interponenda hæc cautio datis fidejussoribus; tum quia *satisdatio* desideratur: *l. huic stipulationi* 5. §. 1. *ff. h. t. l. si cujus rei* 13. *ff. de usufr. & quemad. quis utat.* tum quia prætoria est, quæ personarum interventum requirit: *l.* 1. *pr. d. l.* 5. §. 1. *ff. h. t.* junct. *l. prætoriæ* 7. *ff. de stipulationibus prætoriis:* unde & nominatim fidejussoribus oblatis caveri, Paulus voluit *recept. sent. lib.* 3. *tit.* 6. §. 27. Quod si idoneos fructuarius fidejussores invenire nequeat, arbitrio judicis relinquendum videtur, ut considerata personæ qualitate, rei fructuariæ quantitate, proniore aut difficiliore perdendi occasione, similibusque, æstimet, utrum juratoria cautione vel pignoribus datis eum ad utendum fruendum admittere debeat, an vero res fructuariæ sequestrandæ aut elocandæ sint, aut ipsi proprietario permittendum, ut fructus colligat, & collectos fructuario præstet. Pati sane non debet judex, ut is, qui satisdationem offerre non potest, propterea a liberalitate testatoris depellatur: arg. *l. cum non facile* 6. *ff. si cui plus quam per leg. Falcid. licuerit: leg. esse dic. l. hac edictali* 6. §. *his illud* 1. *in med. C. de secundis nuptiis: l.* 1. §. *jubet autem* 9. *ff. de collation. auth. generaliter C. de episcop. & clericis.* Gomezius *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 15. *n.* 4. Christinæus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 9. *art.* 13. *n.* 7. Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 18. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 47. Joh. Papon. *lib.* 14. *tit.* 2. *arrest.* 11. Mynsingerus *cent.* 6. *observ.* 48. Peckius *de testamentis conjug. lib.* 5. *cap.* 24. *n.* 4. *in fine.* Galvanus *de usufructu cap.* 20. *n.* 5. Pinellus *ad l.* 1. *C. de bon. mat. part.* 2. *n.* 79. Paulus Voet *ad pr. Inst. de usufructu n.* 5. Ant. Matthæus *de servitut. disput.* 2. *thes.* 16. & *disput.* 3. *thes.* 13. Sed si exactam per proprietarium cautionem interponere valens, cavere perfracte nolit, a commodo usufructus, donec caverit, depellendus est: *l. si cujus rei* 13. *ff. de usufr. & quemad. quis utat.* adeo ut fructus a tempore cautionis exactæ usque ad tempus ejusdem præstitæ percepti non cedant fructuario, sed sorti adjungendi sint, ac usufructu finito cum rebus cæteris debeant ad proprietarium reverti. Neostadius *Cur. supr. decis.* 55. *in fine.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 46. *n.* 6. & *seqq.* Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 9. *art.* 13. *n.* 11. Abr. a Wesel *ad novell. const. Ultraject. art.* 11. *n.* 59. & 60. Confer Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 16. Plane si quos ante petitam cautionem fructus perceperit, eos suos facit. Appendix decisionum *post respons. Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 56.

4 Cavere tenetur quisquis ex usufructu commodum sperat: si plures sint confructuarii, singuli: *l. si tibi* 8. *in fine ff. h. t.* Si fructuarius mox alteri usumfructum sibi legatum restituere rogatus sit, videndum, an legatario post restitutionem factam aliqua duret spes ususfructus, & ex testatoris voluntate possit post mortem fideicommissarii ad eum, tunc adhuc superstitem, recidere; quo casu rem ita expediri, Ulpianus censuit, ut fideicommissarius legatario, legatarius hæredi, caveat. Quod si solius fideicommissarii causa ususfructus relictus sit, nec legatario spes ulla recuperandi supersit, magis placuit, recta via fideicommissarium, subducta legatarii persona, cavere oportere domino proprietatis: *l. si ususfructus* 9. *pr. ff. h. t.*

5 Cavendum illis, ad quos usufructu finito res reverti debet, aut saltem speratur reditura. Si plures sint, singulis: *l. si ususfructus* 9. §. *ult. ff. h. t. l. si cujus rei* 13. *ff. de usufr. & quemad. quis utat.* uti &, si incertum sit, apud quem ex duobus, finito usufructu, proprietas extitura sit; veluti cum ususfructus fundi pure, proprietas alteri sub conditione legata est; cum enim existente conditione legatarius, eadem vero deficiente hæres proprietatem habiturus sit, justum visum fuit & legatario proprietatis & hæredi caveri: *l. si tibi* 8. *ff. h. t.* Sed &, si proprietatem alteri pure legatam ponas, eundemque rogatum eam post tempus alteri restituere, utrique itidem ob incertum ususfructus finem satisdandum placuit: *d. l.* 8. Denique etiam, cum duobus conjunctim ejusdem rei ususfructus legatus est, utrumque duplicem cautionem interponere obtinuit, alteram quidem, qua sibi invicem securitatem præstant in casum, quo post unius obitum ususfructus totus ex jure accrescendi obveniet superstiti; alteram hæredi, in casum, quo ad socium ususfructus jure accrescendi transiturus non est: *d. l.* 8. *in fine ff. h. t.*

6 Cæterum, ei, qui nullo casu rem fructuariam ad se redituram sperare potest, frustra cavetur; usque adeo, ut & cautionis ab initio interpositæ vis omnis evanescat, si is, cui cautum, proprietatem amiserit; cum neque ei prodesse ultra possit, proprietate in perpetuum carenti, neque ei, ad quem proprietas delata; quippe cui nulla poterat ex aliena stipulatione actio videri quæsita, sed is tempore acquisiti dominii sibi alia debuisse prospicere cautione.

7 Sunt autem casus, quibus remissa invenitur cavendi necessitas: nam etsi a cautione liber non sit, cui testator usumfructum pure, sub conditione proprietatem reliquit, dum dubium est ob incertum conditionis eventum, an unquam proprietatis dominium adepturus sit: *l. omnes* 3. §. *sed etsi* 3. *ff. h. t.* non tamen satisdat, cui ususfructus pure, proprietas in diem legata est; quia verum est, ad eum vel hæredem ejus proprietatem perventuram: *l. si ususfructus* 9. §. *plane* 2. *ff. h. t.* nec fiscus: arg. *l.* 1. §. *si ad fiscum* 18. *ff. ut legatr. seu fideic. causa cav.* nec pater usumfructum habens in adventitiis filiifamilias: *l. ult.* §. *sin autem* 4. *in fine C. de bonis quæ liberis.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 10. *def.* 9. Groenewegen *ad Grotium lib.* 2. *c.* 39. *n.* 3. Responsa JCtor. Holland. *part.* 1. *consul.* 57. *quæst.* 2. quod hodie ad matrem etiam extendi posset, quoties testamento cavendi necessitas remissa est, quasi communicato cum matribus jure illo, quod hodie patribus ex veteri superest patria potestate. Quo facit, quod ex jure Romano matri ad vota secunda transeunti, & ita proprietatem relicto-

ctorum sibi a priore conjuge amittenti, hic honor fuit habitus, ut pro solis mobilibus, non vero immobilibus exponeret apud liberos satisdationem: *l. hac edictali* 6. §. 1. *C. de secund. nuptiis*. Quamvis aliis placeat, ne patri quidem hodie remissam videri cautionem, quasi is esset ex jure Romano peculiaris effectus illius patriæ potestatis, quæ nuspiam hodie superest; aut saltem arbitrio judicis id committendum esse, an parenti imponenda sit cautio, nec ne. D. Someren *de jure novercar. cap.* 11. *sect.* 3. *n.* 2. *in fine*. Illud constat, inventarium omnino, si maxime cautio a parente præstanda non sit, conficiendum esse. Groenewegen & Carpzov. *d. ll.* de quo & in seqq.

8 Immunem quoque a cautione esse donatorem, qui proprietate per liberalitatem in donatarium translata, sibi reservavit usumfructum, vulgo receptum est; cum placuerit generaliter, eos, qui ex liberalitate conveniuntur (adeoque & donatorem de proprietate rerum donatarum usufructu finito conventum) non ultra id quod facere possunt, damnandos esse: *l. Divus Pius* 28. *ff. de reg. juris: l. inter eos* 19. §. 1. *ff. de re judicata:* neque insuper cum donatore tam rigide, atque quidem cum aliis agendum sit: *l. ad res donatas* 62. *ff. de ædilit. edict.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 145. *n. ult.* Pinellus ad *l.* 1. *C. de bonis maternis part.* 2. *n.* 79. Mynsingerus *cent.* 5. *observ.* 39. Wissenbach *ad Pand. vol.* 2. *disput.* 16. *thes.* 11. *in med.* Ant. Matthæus *de servitutib. disput.* 5. *thes.* 15.

9 Sed & dubium vix esse potest, quin is, qui actu inter vivos usumfructum constituit, recte fructuario per expressam conventionem remittat cavendi necessitatem; uti & hæres testatoris, usumfructum legantis: cum ita uterque non alieno sed suo juri renunciet; quod lege permittitur: *l. pen. C. de pactis: l. potest hæres* 71. *ff. ad leg. Falcid.* Groenewegen *ad l.* 4. *C. de usufructu*. Et sane, si legatarius conventione possit hæredi remittere cautionem legatorum nomine, sic ut remissa hæredi per legatarium non possit ex pœnitentia revocari; quia licet cuique sui juris persecutionem aut spem futuræ perceptionis deteriorem facere: *l. pactum inter* 46. *ff. de pactis:* cum tamen illa cautio etiam simul concerneret favorem testatoris; rationi conveniens est, longe magis hæredem hanc posse fructuariam remittere cautionem, quæ solius hæredis respicit utilitatem, ut in sequentibus patebit. Neque tali remissione vel dolus de futuro remittitur; quod fieri non posse constat ex *l. si unus* 27. §. *illud* 3. *ff. de pactis:* vel fructuarius ad delinquendum invitatur, cum nihilominus & de damno & de restitutione actio supersit, ut post dicetur; nisi hæredem dixeris ad delinquendum invitari, cum ei cautio legatorum nomine per testatorem remissa est; & commodatarium, precario tenentem, depositarium, mutuatarium, similesque ad restitutionem & doli culpæque præstationem obligatos, quoties ab illis cautio pro restitutione ac deterioratione petita non est, nec peti potest. Testatorem quod attinet, eum non posse remittere cautionem fructuariam, verius est; idque non modo quantum ad eam cautionis partem, quæ de utendo fruendo boni viri arbitratu concepta est; ut satis plane atque clare sancitum in *l. pen. C. ut in possess. legat.* sed & alterius membri intuitu, quo de re finito usufructu restituenda cavetur: quod abunde evincitur ex *l. si pecuniæ* 6. *ff. ut in possess. legat. nomine*, & *l.* 1. *C. de usufructu*, ubi, cum uxor marito omnium bonorum reliquisset usumfructum, ac cautionem ab eo exigi prohibuisset, ab Impp. rescriptum fuit, *non aliter maritum a debitoribus solutam pecuniam accipere posse, quam oblata secundum formam senatusconsulti cautione*. Quæ verba non de alia cautionis parte recte acceperis, quam de ea, quæ pro restitutione securitatem præbet; cum de pecunia exacta, adeoque rebus fungibilibus ex jure usufructus accipiendis, ibi quæstio esset; quarum intuitu non aliam quam de restituendo cautionem interponi, notum est. Neque enervatur hæc sententia ex eo, quod excipitur a Vinnio hic dissentiente *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 29. in quasi usufructu quidem de restituendo cautionem remitti testamento non potuisse, convenienter *d. l.* 1. at aliter in vero servari: ex ratione, quod fungibilium, tanquam usu consumendorum, vindicatio nulla sed sola condictio, post finitum quasi usumfructum supersit: *l. hoc senatusconsultum* 5. §. 1. *ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum.* ut proinde in cautione præsidium majus majorque securitas quærenda fuerit; contra vero rerum non fungibilium corpora, usufructu finito, vindicari possint, atque adeo extra cautionem remedium ad indemnitatem potentissimum proprietario comparatum sit: *l. omnes* 3. §. *ult. l. & si ususfructus* 7. *pr. l. ult. ff. h. t.* Non, inquam, ista urgent satis: nam etsi demus, paulo potentiorem esse rei vindicationem, quam condictionem, non tamen inde recte deduxeris, in vero ergo usufructu cautionem de restituendo remitti posse; in quasi non item. Utrobique sane cautio securitatem addit, utrobique etiam, cautione deficiente, remedium ad recuperandum in jure proditum est, condictio in altero, in altero vindicatio; sed & utrobique deficiente cautione remedium tum vindicationis tum condictionis sæpe inane est; sic ut non majorem in vindicatione, quam condictione indemnitatem habeat, cui usufructu finito res reddenda est. Quid enim, si mobilis sit aut sese movens, & ex fructuarii culpa nuspiam appareat? sane inefficax æque vindicatio foret, atque condictio, ubi fructuarius solvendo non est. Quæ cum ita sint, magis est, ut secundum superius dicta concludamus, nullam cautionis fructuariæ partem a testatore remitti posse. Nec huic contrarium est, quod testatori permissum sit remittere hæredi cautionem legatorum nomine: *l. pen. C. ut in poss. legat.* Etenim primo quidem, ab ea, quæ legatorum nomine interponitur, ad fructuarium male argumentum duci, ex ipsa illa *l. pen.* manifestum est, dum verbis perspicuis aliud juris in illa quam hac servari oportere, ibidem constitutum est. Atque insuper evidens diversitatis ratio in eo consistit, quod cautio legatorum nomine magis in favorem testatoris introducta fuit, ut voluntas ejus effectum sortiretur; fructuaria cautio magis hæredis contemplatione, tanquam proprie-

prietarii, ut securus sit. Scilicet, ut apertius dicam, cautio legatorum nomine voluntatis defunctorum tuendæ gratia introducta fuit: *l. ipsis* 2. *C. ut in possess. legat.* quia voluntas pendente legatorum die vel conditione nondum impleta est, dum necdum quicquam legatarii ex testatoris liberalitate adepti sunt; adeoque tendit ad id, ne, die vel conditione existente, spe sua excidant honorati ob hæredis inopiam, & elusorium reddatur defuncti judicium, sed quibus testator dari fierive voluerit, his diebus detur vel fiat: *l.* 1. *pr. ff. ut legat. vel fideic. servand. causa caveatur: d. l. ipsis* 2. *C. ut in possess. legat.* Si ergo testator non tanti faciat certitudinem implementi circa ea, quæ supremo placuerant elogio, cautionem legatorum nomine efficaciter remittet, non alieno, sed suo juri sic renunciaturus: *d. l.* 2. At ex adverso cautio fructuaria primario in gratiam hæredis est; eo quod testatoris judicium jam suum effectum sortitum fuit, dum hæres proprietatem earum rerum, quarum ususfructus alteri legatus erat, aditione sibi acquisivit; adeoque cautio fructuaria non ad id tendit, ut aliquid, ex testatoris voluntate præstandum, acquiratur, uti quidem ea, quæ legatorum nomine fit; sed magis, ut proprietas, secundum testatoris dispositionem jam acquisita, deinceps hæredi salva sit; quem præcipuum hæredis, non testatoris, favorem esse, non est quod dubitetur: quemadmodum enim testatoris favor in eo non vertitur, quod legatarii legata semel quæsita conservent, aut ex adverso alienent, perdantve, si fideicommissi onus adjectum non sit; ita nec favor ejus est, quod hæres proprietatem semel aditione nactus ex ejus voluntate, eandem deinceps sibi cautionis interventu salvam atque incolumem habiturus sit. Levius vero est, quod objicitur, testatorem potuisse nihil penitus hæredi instituto relinquere, ergo longe magis per remissionem cautionis fructuariæ id efficere, ut paulo minorem pro conservanda testatoris liberalitate securitatem hæres habeat; secundum vulgatam regulam, qua enim debet, cui plus licet, non licere quod minus est: *l. non debet* 21. *ff. de regul. juris.* Non enim isti regulæ locus est, nisi illis in casibus, in quibus quantum ad id, quod minus est, lex impedimento non est; quale legis impedimentum, de cautione fructuaria non remittenda per testatorem, jam ante probatum est. Quo modo testator potest hæredem non instituere, sed si instituat, neque ex certo tempore, neque ad certum tempus id potest: *§. hæres & pure* 9. *Inst. de hæred. inst.* sed & olim licuit testatori hæredem non instituere, sed quem instituebat, huic quartæ Falcidiæ detractionem interdicere non licuit: *l. quod bonis* 15. *§. frater* 1. *ff. ad leg. Falcid.* Et quamvis jure novo Falcidiam vetari posse per testatorem, certum sit: *nov.* 1. *cap. hinc nobis* 2. *in fine:* non tamen recte inde deduxeris, fructuariæ ergo cautionis exactionem hæredi jure per testatorem prohiberi; cum Falcidia primario in testatoris gratiam excogitata sit, ne supremum ejus judicium destituatur: *pr. Inst. de leg. Falcid.* at fructuaria cautio principaliter concernat hæredis utilitatem, ut ante dictum. Ac ex hisce ita expositis sponte quoque corruit opinio ea, quam Galvanus *de usufructu cap.* 20. *n.* 5. 6. 7. 8. 9. latissime defendere conatur, jus scilicet cautionis fructuariæ neque a domino proprietatis neque a testatore remitti posse, sed tamen ab utroque remitti factum cautionis. Præterquam quod distinctio illa inter remissionem *juris* cautionis, & *facti* nullo jure suffulta est, ac proinde velut commentitia merito rejicitur. Estque hæc sententia de non remittenda per testatorem cautione fructuaria conveniens plane usui fori; secundum quem omnis inventarii atque cautionis fructuariæ remissio testamento facta, ipso jure nulla est, sic ut ad utendum fruendum fructuarius admittendus non sit, nisi postquam cautionis & inventarii solemnibus paruerit (si patrem matremque quantum ad cavendi necessitatem excipias secundum ante dicta) adeo ut ipsa quoque pœnæ comminatio, testamenti tabulis comprehensa in casum cautionis contra prohibitionem exactæ, nullius momenti sit, nec executionem habeat, sive simpliciter ususfructus datus sit, sive liberrima ei adscripta sit alienandi facultas. Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 20. & *Curiæ supr. decis.* 35. & 91. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 145. Hugo Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 39. *n. ult.* Peckius *de testam. conjug. lib.* 5. *cap.* 24. *n.* 4. Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 15. Carpzov. *def. for. part.* 3. *constit.* 15. *defin.* 12. & 14. Christinæus *ad Leg. Mechl. tit.* 9. *art.* 13. *n.* 3. 4. Georg. de Cabedo *part.* 1. *decis.* 156. D. Someren *de jure novercar. cap.* 7. *n.* 1. & *cap.* 11. *sect.* 3. *n.* 2. Pareus p. m. Paulus Voet *ad* §. 1. *Inst. de usufructu n.* 5. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 6. Responsa JCtor. Holl. *part.* 1. *consil.* 5. 15. 30. & *part.* 2. *consil.* 108. 178. 325. & *part.* 4. *consil.* 231.

10 Per indirectum tamen quin testator possit fructuario remittere cautionem fructuariam, ambiguum non est: nam si testator pluribus institutis hæredibus, alteri usumfructum legaverit, ac unum ex hæredibus jusserit pro fructuario satisdare, placuit, utile quoque cautionis esse legatum, & velut duo legata videri data, alterum ususfructus, cautionis alterum: *l. tribus* 8. *ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum.* ibique vulgo DD.

11 Quod si ab initio cautio exacta non fuerit, medio tempore ante usumfructum finitum condici potest incerti condictione, atque ita exigi, vel etiam res fructuaria vindicari per proprietarium, donec cautum sit: *l. hoc senatusconsultum* 5. *§.* 1. *ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum. l. & si ususfructus* 7. *ff. h. t.* Adeo ut ne longissimo quidem temporis spatio præscribi possit huic cautionis exactioni; cum ea res meræ facultatis sit, & uti perpetua ad rei fructuariæ restitutionem obligatio est, ita quoque perpetuam oporteat esse cautionis pro restitutione exactionem, ut accessorium sequatur suum principale. Sed si nec medio tempore cautio postulata fuerit, res quidem ipsæ fructuariæ per proprietarium usufructu finito vindicari possunt: *l. omnes* 3. *§. ult. l. ult. ff. h. t.* quantitates vero seu res fungibiles in quasi usufructu extincto condici: *l. hoc senatusconsultum* 5. *§.* 1. *in fine ff. de usufr. ear. rer.* quæ

quæ usu consum. vel in factum actione peti: *l. partis tertiæ* 10. *ff. de præscriptis verbis:* de damnis denique in re fructuaria datis actione ex lege Aquilia cum fructuario experiri concessum est: *l. si cujus rei* 13. §. *de præteritis* 2. *ff. de usufr. & quemad. quis utat.* Non enim credendum est, deficiente cautione verum aut quasi usumfructum substantiali aliquo (ut loquuntur) requisito destitutum esse; sed magis est, ut quamdiu ea exacta non fuit, adeoque fructuarius nullam in ea interponenda moram adhibuit aut tergiversationem, jure quoque optimo utatur fruatur, si modo sine vitio nactus fuerit fructuariæ rei possessionem. Etsi non videatur eundum inficias, quin ad cautionem offerendam teneatur, quoties non possidens, reali vel personali actione persequendum putat utendi fruendi jus: arg. *l.* 1. *C. de usufructu: l.* 1. §. 1. *l. si pecuniæ* 6. *ff. ut in possess. legat. vel fideic. serv. causa: l.* 2. §. *quod ait prætor* 1. *ff. quod legatorum:* Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 46. *n.* 6. 7. *& seqq.* Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 16. *n.* 26. *& seqq.* Galvanus *de usufructu cap.* 19. Fachineus *controvers. libr.* 8. *cap.* 43. Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 9. *art.* 13. *n.* 11. Ant. Faber *Cod. libr.* 5. *tit.* 23. *defin.* 3. Abr. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 11. *n.* 60. Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 13. *n.* 7.

Ll

LIBER OCTAVUS

TITULUS PRIMUS

DE SERVITUTIBUS.

SUMMARIA.

1 *Quandoque servitutis appellatione per excellentiam solæ reales denotantur; & inde explicatur* l. 8. ff. h. t. l. 44. ff. locati.
2 *Reales servitutes sine prædio dominante & serviente esse nequeunt. An futuro prædio imponi vel acquiri servitus possit?*
3 *Prædia vel urbana vel rustica sunt; nec loco, sed usu distinguuntur.*
4 *Servitutis vel urbanæ vel rusticæ denominatio fit a prædio dominante: eadem species servitutis potest aliquando urbana aliquando rusticæ esse: possunt & reales servitutes concedi ut personales.*
5 *An una, an vero plures servitutas sint, non ex servientium sed dominantium prædiorum numero æstimandum.*
6 *Si Servitutes prædiales jam constitutæ sint, sequuntur universales, & particulares prædiorum successores, active & passive. Si tantum promissæ, particularis successor eas non tenetur imponere; at omnino universalis; & quo usque?*

1 Expositis servitutibus personalibus, restat, ut de realibus dicamus. Etsi autem servitutum appellatione, velut genere, & personales & reales comprehendi, vulgo notum sit; infrequens tamen non est, ut nomen generis uni applicetur speciei, & reales servitutes velut per excellentiam quandam servitutum denominatione designentur; quomodo & hujus tituli inscriptio de *servitutibus* generaliter concepta, ad solas reales pertinet, cum toto libro præcedente de personalibus actum sit. Nec minus in tit. ff. de servitute legata solæ reales denotatæ, eo quod in titulo præcedente de usufructu & usu & habitatione & operis legatis jam fuerat tractatum. Ex qua observatione legum quarundam explicatio petenda est. Etenim, cum Ulpianus in *l. locare 44. ff. locati* ait, neminem posse servitutem locare, non recte de omnibus, tum prædialibus, tum personalibus, id ipsum acceperis, sed de solis realibus, quæ separatim a prædiis existere, & sine his intelligi nequeunt; quippe mera prædiorum accidentia & qualitates. Personales sane servitutes, saltem usumfructum, & operas servorum, & habitationem elocari potuisse, tum idem Ulpianus, tum Papinianus, & ipse quoque Justinianus, auctores sunt: *l. arboribus* 12. *§. usufructuarius* 2. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* §. 1. *& pen. Instit. de usu & habitat. l. cum antiquitas* 13. *C. de usufructu: l. hominis operæ* 2. *ff. de usu & usufructu legato*. Similiter, cum a Paulo in *l.* 8. *ff. h. t.* traditum invenitur, *ut pomum decerpere liceat, ut spatiari & ut cœnare in alieno possimus; servitutem imponi non posse*, non aliud eo indigitatum existimo, quam quod prædio talis servitus acquiri non possit; cum & spatiari & cœnare & pomum decerpere non prædii sed personæ jus sit, ad amœnitatem hominum magis, quam ad prædiorum commoda respiciens; adeoque, uti in tituli hujus inscriptione, ita & in *l.* 8. servitus non generaliter, sed sola realis intelligenda est; alioquin & pomum decerpere & spatiari & cœnare in alieno, procul dubio ad servitutem usus, certo modo limitatam, reduci posse, non est quod dubitetur.

2 Reales autem servitutes, ubi scilicet res rei servit, adeoque constituens jus suum diminuit, alterius auget: *l. de pupillo* 5. *§. & belle* 9. *ff. de operis novi nunciat*: aliter in jure nostro prædiales dictæ sunt; eo quod & dominans prædium, cui debeantur, & serviens, quod debeat, ad earum constitutionem & exercitium, necessarium est; nec sine prædiis existere possunt: §. *ideo autem* 3. *Instit. de servitut. prædior.* Quid enim aliud (inquit Celsus) sunt jura prædiorum, quam prædia, qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo: *l. quid aliud* 86. *ff. de verb. signif.* junct. *l. qui fundum* 12. *ff. quemadmod. servit. amitt.* & jura quidem, possidenti commoda, debenti damnosa; adeo ut fundum habens servituti obnoxium, non possit eundem divendere, *ita ut optimus maximusque est*: *l. cum venderes* 59. *ff. de contrah. empt.* Quod ergo Pomponius tradidit, futuro quoque ædificio, quod nondum est, vel imponi vel acquiri servitutem posse: *l. si servitus* 23. §. 1. *ff. de servitut. præd. urban.* & Paulus, ædificio necdum ædificato servitutem constitui; nondum inventa aqua servitutem aquæ ducendæ concedi; denique, viam quoque ab eo promitti posse, qui fundum non habet: *l. hæredes ejus* 25. §. *contra* 10. *ff. famil. erciscundæ*: *l. Labeo* 10. *ff. de servitut. præd. rustic.* id de promissione ac constitutione con-

conditionali intelligendum est; in quantum tacite subauditur, *si aliquando fundus fuerit acquisitus, aut aqua inventa*. Etsi enim servitutes prædiales ipso quidem jure neque ex tempore neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem constitui possint; tamen si hæc adjecta sint, placitis standum esse obtinuit: *l. servitutes ipso* 4. *ff. h. t.* neque etiam vetitum, servitutes hasce posse sub conditione summo jure premitti: *l. existimo* 98. *ff. de verb. oblig.* atque ita promissionis semel iterumque mentio est in *d. l.* 25. §. 10. *ff. famil. ercisc.*

3 Prædia hæc ad servitutum prædialium constitutionem requisita vel urbana sunt vel rustica. Urbana dicuntur, quæ in urbe vel agro habitandi causa exstructa sunt; omnia namque ædificia urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sint: §. 1. *Instit. de servitut. prædior.* quæ ædificia etiam insularum appellatione veniunt, si circumiri possint, relicto inter domos vicinas spatio intermedio; quod apud Romanos habuisse latitudinem sestertii pedis, seu pedum duorum cum semisse, ad ambitum ac circuitum, docet Brissonius *antiquit. libr.* 1. *cap.* 2. Rustica sunt, quæ fructuum percipiendorum condendorumque gratia comparata sunt, ut agri, pomaria, horti: sic ut non locus, sed usus urbana & rustica prædia distinguat: *l. urbana familia* 166. *l. urbana prædia* 198. *ff. de verb. sign.* Unde & pro usu vario tum horti, tum stabula, tum areæ, nunc rusticis, nunc urbanis prædiis adnumerantur. Area namque trituraria si sit, si horti olitorii, aut vinearii, atque ita plurimum in reditu consistant, si stabula non in continentibus ædificiis sint posita, urbanorum prædiorum numero procul dubio non continentur: *l. eo jure utimur* 4. §. 1. *ff. in quib. caus. pign. vel hyp. tacite contrah. d. l. urbana prædia* 198. *ff. de V. S.* arg. *l. ult. in fine C. de servitut. & aqua*: contra vero, si horti vel stabula ædificiis juncta inveniantur, voluptati & habitationi commodiori inservientia, si areæ tales sint, quæ ædium partem faciunt, urbani hæc prædii esse, responsum est: *d. l. urbana prædia* 198. *ff. de V. S.* arg. *d. l.* 4. §. 1. *ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah. l. si grege legato* 22. *in fine ff. de legatis* 1. *l. fundi* 211. *ff. de V. Signif.* Quin imo, in hortis suburbanis habitasse veteres, eaque ratione & hortos & villas domus appellatione contineri, constans est ex *l. lex Cornelia* 5. §. *quid si quis* 3. *ff. de injuriis*: quales amœnas hortorum habitationes Romanis diætas fuisse dictas, apparet ex *l. pen.* §. 1. *ff. de donat. inter vir. & uxor. l. senatus* 43. §. 1. *ff. de legatis* 1. Brissonius *antiquit. lib.* 3. *cap.* 13. nec longe diversas fuisse a prætoriis voluptati tantum deservientibus, colligi potest ex *l. urbana prædia* 198. *ff. de verb. signif.* junct. *l. Titia* 34. §. *Gajus Sejus* 3. *ff. de legatis* 2. Confer Vinnium paulo aliter sentientem *quæst. select. lib.* 1. *cap.* 30. Sciendum tamen, quædam in hac servitutum materia prædiis rusticis accenseri, quæ, si de pignore tacito in invectis illatis quæstio sit, ab urbanis cæteris non longe differunt: *l. eo jure* 4. §. 1. *ff. in quibus caus. pign. tacite contrah.*

4 Ex hac prædiorum distinctione processit servitutum in urbanas & rusticas divisio, Urbanæ dictæ quæ urbanis, rusticæ quæ rusticis prædiis sunt debitæ; denominatione facienda a prædio dominante, sic ut servitus urbana sit, ubi prædium dominans tale est; etsi serviens non urbanum sed rusticum foret: uti personalis ea est, quæ non rei sed personæ debetur: *l.* 1. §. *& datur* 43. *ff. de aqua quot. & æstiv.* Atque hinc est, quod una eademque servitutis species quandoque urbana quandoque rustica dicitur, prout vel urbano vel rustico fuerit prædio constituta: uti id in servitute altius tollendi vel non tollendi, projiciendi seu protegendi, cloacæ, aquæductus, itineris ad domum, aliisque similibus manifestum est: Confer *l. servitutes* 20. §. *si domo* 1. *ff. de servit. præd. urban. l. si ego emi* 11. §. 1. *ff. de public. in rem act. l.* 2. *ff. de servit. præd. urban. l.* 2. *ff. de servit. præd. rustic.* §. 1. *Inst. de servit. prædior. l.* 1. §. *illud quæritur* 11. *ff. de aqua quotid. & æstiva*. Ne nunc dicam, novum non esse, ut servitus natura sua realis in personalem commutetur, dum id agitur, ut jus eundi, agendi, aut pecoris pascendi, aquamve hauriendi, certæ tantum personæ tribuatur, nec ad hæredes ejus transitorium sit: *l. pecoris* 4. *ff. de servit. præd. rustic. l. pen. ff. de servitute legata: l. Mela* 14. §. *ult. ff. de alimentis vel cibar. legatis: l.* 1. §. *præterea* 12. *ff. de aqua quot. & æst.* atque ita usum aquæ personalem esse, & ideo ad hæredem usuarii non transmitti, Paulo ac Modestino placuit: *l. usus aquæ* 21. *ff. de usu & habitat. l. pen. ff. de servit. præd. rust.* licet alioquin plenum hauriendi jus non hominis sed prædii sit: *l. si mihi* 20. §. *ult. ff. de servitut. præd. rustic.* §. *inter rusticorum* 2. *Instit. h. t.* Adde Wisseubach *ad Pand. vol.* 1. *disp.* 20. *num.* 16.

5 Cæterum an una an plures sint servitutes, non ex servientium sed dominantium prædiorum numero æstimandum est: una namque via est, etiamsi per plures fundos imponatur; adeo ut, si per unum fundum itum fuerit, per alios non, tota tamen servitus servetur, etiam ratione prædiorum illorum servientium, per quæ tanto tempore, quanto servitus amittitur, non fuit exercitum viæ jus: *l. una est via* 18. *l. cum essent* 33. §. 1. *ff. de servitut. præd. rust.* Sin pluribus prædiis per eundem locum via debeatur aut alia servitus, plures servitutes sunt, sic ut ex his una possit præscriptione aut aliter extingui, reliquis salvis: *l. si ædes* 32. *ff. de servit. præd. urb. l. nam satis* 6. §. *si ego* 1. *ff. quemadm. servit. amitt.*

6 Etsi autem reales servitutes impositæ quosvis onerent & universales & particulares prædii servientis successores, ac vicissim iis prosint, prædiis scilicet cum suo onere transeuntibus: Ant. Faber *Cod. libr.* 3. *tit.* 24. *defin.* 2. quia tamen sola promissio servitutis prædia non afficit, quamdiu quasi traditio subsecuta non est, sed solummodo personam promittentis devincit, secundum vulgata jura: Cæpolla *de servit. præd. urban. cap.* 21. n. 1. Costalius *ad l.* 19. *ff. quib. mod. servitus amitt.* hinc, si promissæ tantum sint, particularem successorem, velut emptorem, donatarium, similesque non gravant necessitate eandem imponendi, nisi emptioni aut donationi adjecto pacto id actum sit. Universales vero suc-

successores promissoris in tantum obstricti manent, ut & singuli in solidum stipulantis arbitrio ad præstandam viam aliamve servitutem a defuncto promissam conveniri possint: nam etsi obligationes regulariter inter cohæredes ipso jure divisæ sunt, id tamen in illis fallit, in quibus sui natura divisionem respuit res promissa, quo in numero servitutes quoque sunt; in quibus magis probata est regula, quod ex persona hæredum conditio obligationis non possit mutari, & ex individua dividua fieri: *l. stipulationum* 2. *pr.* §. 1. & 2. *ff. de verbor. obligat. l. hæredes ejus* 25. §. *contra* 10. *ff. famil. ercisc.* Si tamen ad unum ex pluribus hæredibus ex adjudicatione in solidum pervenerit fundus ille, cui se servitutem impositurum defunctus promiserat, eum solum ad servitutem imponendam compelli, rationis est; cum solus ipse possessor prædii, solus etiam imponendi facultatem habeat: arg. *l. sed mihi* 3. §. *hæres* 3. *ff. commodati*. Gomezius *var. resolut. tom.* 2. *cap.* 10. *n.* 16. *vers. secunda conclusio*.

TITULUS II.

De Servitutibus Prædiorum Urbanorum.

SUMMARIA.

1 *De servitute* oneris ferendi; *quid in ea singulare?*
2 *De servitute* tigni immittendi, *& an eam habens, plura tigna, quam ab initio immiserat, deinceps immittere, & an in locum corruptorum alia substituere possit, per distinctiones explicatur. Item de servitute immittendi, ac ut super immissis ædificare liceat.*
3 *De servitute* tigni projiciendi seu protegendi; *quid sint projectiones, suggrundæ, meniana, & unde dicta?*
4 *Si quid in meum parietem sit immissum per vicinum, qui servitutem non habet, rescindere privata auctoritate possum; non item, si tantum protectum. Quæ sit ratio diversitatis?*
5 *Monstratur*, servitutem altius tollendi *non esse, sed potius libertatem, cum vicinus vicino permittit altius tollere contra modum lege vel statuto præfinitum.*
6 *In quo consistat servitus, quæ tribuit* licentiam altius tollendi?
7 *An etiam sit quædam servitus* altius tollendi, *qua vicinus cogitur altius tollere in suo?*
8 *Quid sit servitus* altius non tollendi?
9 *Quid sit servitus* luminum seu luminis immittendi? *quid moribus sit venster recht? An acquisita censeatur luminum servitus, si fenestram posuerim in vicini pariete, eo silente nec contradicente?*
10 *Quid sit servitus* luminis non aperiendi? *si talis conventio sit interposita, afficit prædium serviens sine ulla quasi traditione.*
11 *De servitute* ne luminibus officiatur. *Distat a servitute* ne altius tollatur. *An servitus hæc generaliter constituta pertineat etiam ad lumina futura, quæ tempore constitutionis nondum erant?*
12 *De servitute* prospectus, &, ne prospectui officiatur, *& ne in aream alterius prospiciatur.*
13 *De servitute* stillicidii *&* fluminis. *An stillicidium in flumen converti possit, & contra? retroduci, an produci? an & quatenus ædificari possit in eo loco, in quo aqua cassitat? quid moribus?*
14 *De servitute* cloacæ, fumi immittendi *ex taberna casearia vel ex alio loco,* effundendi vel abjiciendi in *aream vicini, & qualia tunc effundi possint? item,* ne vicinus in suo quid positum habeat, *ut* liceat in aream vicini terram, saxa, lapides provolvere, *ut* theatra vel contignationes in area vicini ad ædificandum facere liceat. *Quando vicinus invitus ad id cogi possit?*
15 *De* pariete communi, *seu* cratitio, concratitio, intergerino. *In dubio paries aut sepimentum inter duo prædia præsumitur commune esse; & duas continuas habens domos si unam vendat, etiam mediam parietis cratitii partem censetur vendidisse. Quæ sint specialia signa unde præsumi possit, parietem communem esse, vel unius vicini proprium?*
16 *Quid vicinorum alter altero invito facere possit circa parietem communem? ubi de destructione, mutatione, fistularum, tubulorum, furni, cloacæ, camini, similiumque applicatione, parietis ipsius incrustatione & ornatu.*
17 *An, & quo usque vicinorum alter, altero invito, superstruere possit parieti communi? & quid agendum, si non jure id fecerit?*
18 *De vestibulo communi, quid in eo possit vel non possit sociorum unus, invitis reliquis? ubi de clivis faciendis fenestris aut januis aperiendis, & similibus; & an peti possit divisio vestibuli communis, invito uno?*

1 **P**lures urbanæ hoc titulo recensentur servitutes, quarum gravissima est, *oneris ferendi*, cum vicini paries vel columna onus aliarum ædium ferre tenetur. In qua illud singulare ac præ cæteris grave est, quod prædii servientis dominus non pati tantum, sed & facere tenetur, parietem nempe vel columnam reficere, & vel fultura vel innovatione reddere oneri ferendo perpetuo parem; quod & ipsa *oneris ferendi* denominatio satis innuit, involvens quippe obligationem ad factum aliquod, quo interveniente onus feratur, columnæ scilicet aut parietis ædificationem refectionemve: *l. eum debere* 33. *ff. h. t. l. etsi forte* 6. §. *etiam* 2. *l. sicut* 8. §. *distant* 2. *ff. si servit. vind.* Ut tamen pro derelicto habendo prædium serviens, evitari possit refectionis necessitas: *d. l. & si forte* 6. §. *etiam* 2. *in fine:* atque etiam, durante refectione, prædii dominantis domino fulciendi oneris cura incumbat; nisi illud interim deponere malit, & demum restituere, cum paries fuerit restitutus: *d. l. sicut* 8. *pr. ff. si servit. vind.*

2 Tigni immittendi jus est, quo vicino licet in vi-

vicini parietem tignum immittere, ita ut illud in dominantis simul & servientis prædii pariete requiescat: *l. urbanorum* 2. *l.* 25. *ff. h. t. l. sicut* 8. §. 1. 2. *l. si, cum meus* 14. *ff. si servit. vind. l. malum* 242. §. 1. *ff. de verbor. signific.* In qua servitute jus commune obtinet, quod nihil facere teneatur dominus prædii servientis, adeoque nec refectione parietem reddere immissioni tignorum suscipiendæ parem: *d. l. sicut* 8. §. *distant.* 2. *ff. si servit. vindic.* nec collapsum parietem servientem reponere: arg. *l. si quis alia* 18. §. *ult. ff. quemadmod. servit. amitt.* Quisquie autem simpliciter pactus est hanc servitutem, *dat hy t' allen tijden 't sijnen gelieven soude mogen ankeren en balken in sijn buyrmans muer*, non expresso trabium aut anchorarum numero, neque immissionis causa; si quasdam immissas habuerit, alias deinceps immittere, numerumque pro prædii sui utilitate augere non prohibetur; &, quia prædiales servitutes natura perpetuæ sunt, in corruptarum locum alias de novo substituere licitum, sive ejusdem sive alterius formæ: generaliter enim concepta sine restrictione intelligenda sunt: arg. *l. si servitus* 23. *ff. h. t. l.* 1. §. 1. *ff. de legatis præstand. contra tab. bon. poss. pet.* Cæpolla *de servitutibus præd. urbanor. cap.* 30. *n.* 5. Responsa JCtor. Holl. *part.* 1. *consil.* 253. Contra servatur, si non indefinite immittendi jus tributum sit; sed ab initio trabium numerus & immittendi modus inveniatur conventione circumscriptus: tunc enim neque plura immittere, neque formam immissionis mutare licet: arg. *l. servitutes ipso* 4. §. 1. *ff. de servitutibus: l. is, cui via* 11. *ff. quemadm. servit. amitt.* Cæpolla *d. cap.* 30. *n.* 6. præsertim, cum servitutis concessio, tanquam odiosa (quippe libertati naturali adversa) strictam recipiat interpretationem, & in dubio pro libertate pronunciandum sit: Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 41. *def.* 4. Berlichius *part.* 2. *conclus.* 49. *n.* 27. Gratianus *discept. for. cap.* 572. *n.* 58. *& seqq.* Responsa JCtor. Holl. *part.* 5. *consil.* 146. Idemque est, si sine expressa conventione, sola scientia & patientia atque conniventia tali, quæ consensum includit, vicinus permiserit trabium quarundam immissionem. Uti &, si sine expresso tacitove consensu domini prædii servientis per solam præscriptionem tigni immittendi jus primitus quæsitum fuerit: cum enim non plus præscribi possit, quam possessum aut quasi possessum est, nec tacitus consensus qui ex scientia ac patientia facti alieni colligitur, ultra illud factum, in trabium certarum immissione consistens, extendi debeat, quippe factum præsupponens; necessario sequitur, non ultra perisse servientis prædii libertatem, quam quatenus factum intercessit libertati contrarium: arg. *l. si, cum meus* 14. *ff. si servit. vind.* Christinæus *ad leg. Mechlin. tit.* 14. *art.* 30. *n. ult.* Præterea, si in constituenda tigni immittendi servitute causa immissionis expressa sit, veluti ad exstructionem viciuæ domus, consequens est, ut alios in usus, aliosque fines extra domus ædificationem, immissio tignorum illicita judicetur, ac jure possit prohiberi; eo quod cessante in universum causa finali concessionis, concessio ipsa cessare debet: arg. *l. Labeo* 17. *ff. quemadm. servit. amitt.* Cæpolla *d. cap.* 30. *de servit. præd. urb. n.* 5. Denique, si quis expressa quidem conventione vicino generaliter indulserit tignorum in parietem suum immissionem, sed deinde paries in longitudinem aut latitudinem a prædii servientis domino productus sit; in partem eam de novo ædificatam fieri non debere immissionem constat, quia pars ea nunquam servituti obnoxia fuit reddita; nisi nominatim futuro quoque parieti imposita doceatur: arg. *l. si servitus* 23. *pr. &* §. 1. *ff. h. t.* Manzius *de muro communi n.* 23. 24. 25. Plane quin in locum tignorum vetustate corruptorum alia similia submittere ad eandem formam numerumque liceat domino prædii dominantis, non videtur dubitandum, etiamsi præscriptione vel conventione ad certum tignorum numerum onus servitutis limitatum sit (nisi nominatim contrarium placuisse inter paciscentes doceatur) cum ea servitutum natura sit, ut perpetuo durent, atque etiam collapsis aut depositis in universum ædibus sive dominantibus sive servientibus, ac dein iterum restitutis, redintegrentur: *l. servitutes* 20. §. *si sublatum* 2. *l. si testamento* 31. *l. eum debere* 33. *ff. h. t.* Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 2. *cap.* 34. n. 12. Respons. Juriscons. Holl. *part.* 1. *consil.* 304. Et hoc puto velle Pomponium in *l. si, cum meus* 14. *ff. si servit. vind.* dum ait, *si passus sim te immittere tigna, quæ antea habueris, si nova velis immittere, prohibere a me potes; imo etiam agere tecum potero, ut ea, quæ nova immiseris, tollas:* neque enim illic per *tigna nova* designat ea, quæ in locum priorum de novo submissa erant. Etenim primo ponit, dominum servientis prædii jam passum esse illam tignorum submissionem in locum exemptorum, dicens dominum parietis passum esse, per vicinum *tigna immitti, quæ antea habuerat*, nec de his quicquam monet, quasi injuria submissis seu restitutis, aut quasi dominus parietis illam potuisset prohibere eorundem aut similium tignorum repetitam immissionem. Cum autem prædii dominantis dominus præter ea, quæ jure reposuerat in locum exemptorum, quorumque repositionem vicinus secundum ante dicta pati tenebatur, alia insuper nova prioribus addere vellet, tum demum recte eum prohibere, aut si is nullo jure jam immisisset, ad ea tollenda jure conveniri potuisse, verba legis evidenter probant: Ant. Faber ad *d. l.* 14. Est & plenior quædam immittendi servitus, qua id conceditur, *ut in parietem vicini tigna immittere mihi liceat, superque ea tigna* (verbi gratia) *porticum ambulatoriam facere, superque eum parietem columnas structiles imponere, quæ tectum porticus ambulatoriæ sustineant: l. sicut* 8. §. 1. *ff. si servit. vind.*

5 Diversa ab hac tigni immittendi servitute est, ea, qua vicino licet emittere suum tignum extra suum parietem, ita ut supra vicini aream promineat seu propendeat, non requiescat; & appellatur tigni projiciendi vel protegendi; quo pertinent meniana, suggrunda ac protectiones: *l. si duo* 3. §. *item videamus* 5. *&* 6. *ff. uti possidetis: l. malum* 242. §. 1. *ff. de verb. signif. l.* 2. *ff. h. t.* inscriptio *tit. ff. de damno infecto & suggrundis & protectionibus.* Suggrunda, vel suggrundæ, quasi

sog-

suggerunda, vel subgerundia, sunt ea, quæ, extra ædes emissa prominent, & ab inferiori parte sustinentur seu subgeruntur: quæ, si fuerint pars tecti, ultra structuram ædium projecta ac prominens, ad arcendas a parietibus pluvias ac stillicidia, *protectiones* dicuntur. Meniana Festus & Isidorus *lib.* 15. *orig. cap.* 3. appellata volunt a Meniano vel Menio censore, qui primus in foro ultra columnas tigna projecit, quo ampliarentur superiora spectacula. Contra, meniana a μηνη id est luna derivat Stephanus Le Moyne *in variis sacris vol.* 1. *in præfat. asterisco* 18. quia exstructa erent, ut post solis occasum & ad plurimam noctem ibi somnos captarent, vel liberrimum & frigidiorem aerem spirarent, post intolerabiles & urentes dierum longinrum æstus & ardores: nam qui mollius cuticulam curabant, habebant solaria, & meniana a solariis distincta.

4 Distat vero tigni immissio a projectione vel protectione, in eo, quod, si quis in meum quid immiserit, servitute carens, id mihi privata corrumpere liceat vel rescindere auctoritate; at si solummodo supra meam aream quid protexerit, aut e suo emiserit, servitutem non habens, tantum agi per me posait, jus vicino non esse ita protectum habere: *l. sed si inter* 27. *ff. h. t. l. quemadmodum* 29. *§. si protectum* 1. *ff. ad legem Aquil.* multum enim interest, quod ille in alieno fecit, hic in suo protexit: *d. l.* 29. *§.* 1. Scilicet, quidquid unusquisque in alienum immittit, aut in alieno exstruit, id ejus fit, cujus solum est, adeoque & tignum in meum parietem nullo jure a vicino immissum, & trajectus ab eo per meam domum aquæductus, non immittentis aut facientis manet, sed mihi jure dominii acquiritur: *§. cum in suo* 29. *& 30. Inst. de rer. divis.* Dum ergo id, quod ita immissum aut trajectum est, rescindo, de re mea jure dominii dispono, nec id quod alienum est, sed meum, corrumpo, quod licet: arg. *l. in re mandata* 21. *C. mandati:* nec ea ratione inter me ac vicinum meum jus mihi dicere videor, contra *l. non est singulis* 176. *ff. de Reg. juris*. Protectum vero a vicino supra meam aream meum non fit, quia nuspiam requiescens, ædibus meis aut fundo junctum non est. Cui consequens, ut nec jure meo rescindere aut perdere possim, quod meum effectum non est, legis Aquiliæ condemnationi, si fecerim, subjiciendus: *d. l.* 29. *§.* 1. Nam & arboris in alieno radicatæ ramos, supra meum propendentes, non aliter rescindere aut sublucare possum, quam si prius prohibitorium impetraverim a prætore interdictum, ne vis mihi fiat ramos rescindenti; postquam vicinus admonitus id facere distulit aut denegavit: *l.* 1. *passim ff. de arboribus cædendis*.

5 De servitute *altius tollendi* prolixa disputatio est, ac in varias opiniones iverunt interpretes. Vinnius quidem cum aliis *ad §.* 2. *Instit. de action. n.* 5. fuse adstruere allaborat, tunc esse altius tollendi servitutem, cum posita lege municipali, qua certus est præfinitus ædificandi modus, ac circumscripta ædificiorum altitudo, quam nullus excederet, idque in gratiam vicinorum (de qua est *l.* 1. *§. nunciamus* 17. *ff. de operis novi nunciat. l. qui luminibus* 11. *ff. h. t. l.* 1. *C. de servit. & aqua: l.* 1. *l. ex quo pace* 12. *§. & nos* 1. *C. de ædif. privatis*.) vicinus vicino licentiam indulget altius ædificandi contra legem, modum certum altitudinis non excedendum definientem. Cui opinioni quo minus subscribam, facit, quod & ex jure nostro & ratione naturali didici, licentiam altius in suo tollendi etiam cum incommodo vicini, eoque obnitente, non servitutem sed libertatem esse: *l. altius* 8. *l.* 9. *C. de servitutibus & aqua: l. sicut* 8. *§. Aristo* 5. *ff. si servit. vind. l. cum eo* 9. *ff. h. t. l. Proculus* 26. *ff. de damno infecto:* hanc vero licentiam adeoque libertatem vel conventione vel lege imminui posse; eoque ipso servitutem introduci. Confer Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 69. *n.* 10. *& seqq.* Cæpollam *de servitut. præd. urban. cap.* 61. *n.* 5. Et quia de conventione id expeditum est, superest ut idem de lege adstruatur. Patet autem id ex *l. ult. §.* 1. *C. de servitut. & aqua:* ubi Justinianus in usum agriculturæ generaliter constituit, nemini licere sic ædificare prope aream alterius triturariam, ut idoneum ventum ac sufficientem ad præfatum opus (secretionem nempe paleæ a frugibus) infringat, & inutilem domino aream faciat. Patet ex omnibus legibus paulo ente de forma ædificandi & altitudine præfinita adductis; in quibus, etsi vocabulum servitutis non occurrat, tamen contra naturalem libertatem aliquid introductum esse, nemo sanus ibit inficias; quod ipsum non alia, quam *servitutis* appellatione, potest venire. Patet denique ex *l.* 1. *§. ult. ff. de aqua & aquæ pluv. arcendæ:* ubi a natura ipsa servitus introduci dicitur, & semper inferiorem agrum in aqua excipienda superiori servire; ac hoc incommodum naturaliter pati agrum inferiorem a superiore, compensareque debere cum alio commodo: sicut enim omnis pinguitudo terræ ad eum decurrit, ita etiam aquæ incommodum ad eum defluere. Neque ratio ulla est, cur non æque rerum, ac personarum, servitutes ex jure gentium vel civili induci possent. Confer Brissonium *select. antiquit. lib.* 1. *cap.* 1. & *lib.* 4. *cap.* 6. Ubi ergo per legem publicam servitus ita publice invenitur imposita, vicinus vicino concedens aliter aut altius ædificandi facultatem, quam quidem definierant jura municipalia Principumve edicta; non jam nova servitus eltius tollenti quæsita videri potest, sed magis restituta naturalis libertas, quæ prius fuerat per impositam a lege servitutem adempta. Quemadmodum enim, si privata pactione mihi libertatem ædificandi ademerim, ea contrario pacto ac remissione servitutis redintegratur, sic ut deinceps non jure novæ servitutis, sed recuperatæ libertatis, meo ædificem arbitratu, ut ipse Vinnius fatetur, & certum est ex *l. si stillicidii* 8. *ff. quemadm. servit. amitt.* ita quoque, si privatus vicinus remittat servitutem publica lege in sui favorem constitutam, aliter concipi res non potest, quam quod libertas reducta sit. Ac frustra plane Vinnius est, dum hic suggerere tentat diversitatis rationem. Quamvis enim tunc, cum lege potestas naturalis libere ædificandi sublata est, unius vicini concessione seu remissione res serviens non in universum libera esse incipiat, sed nihilominus ex vi legis affecta maneat eadem qualita-

te ac conditione respectu cæterorum vicinorum, quorum interest ædes altius non tolli; non tamen ullatenus inde jus diversum in servientibus a lege impositis, & iis, quæ ex conventione constituuntur, deduci potest; cum idem quoque in servitutibus ex conventione descendentibus eveniat. Uti enim lex pluribus vicinis prospicit, servitutem imponendo, ita quoque vicinis pluribus eandem altius non tollendi servitutem ex conventione concedi posse, palam est. Neque dubium, quin tot separatæ servitutes sint, quot prædia dominantia separata sunt, quibus servitur: *l. si ædes meæ* 32. *ff. h. t.* Quemadmodum ergo tunc, cum omnes vicini servitutem altius non tollendi in suum commodum a lege introductam remittunt, prædium incipit in universum ab ea legali servitute liberum esse, ut hoc Vinnius haud diffitetur; ita quoque ex remissione servitutis illius, quæ ex conventione est, per omnes eos facta, quorum separatis ædibus constituta erat, ædes servientes in universum liberæ efficiuntur. Et vicissim, uti uno ex vicinis legitimam servitutem remittente, reliquis adhuc suum jus servitutis intactum est; ita quoque, cum unus ex pluribus diversarum ædium dominis, ac servitutem per conventionem habentibus, eandem remittit, integra nihilominus reliquis est potestas vindicandæ servitutis, ejus solius intuitu, qui remisit, libertate utroque in casu redintegrata. Sic sane Julianus in *d. l.* 32. *ff. h. t.* cujus verba lubet apponere: *si ædes*, inquit, *meæ serviant ædibus Lucii Titii, & ædibus Publii Mævii, ne altius ædificare mihi liceat; & a Titio precario petierim, ut altius tollerem, atque ita per statutum tempus ædificatum habuero, libertatem adversus Publium Mævium usucapiam; non enim una Servitus Titio & Mævio debebatur, sed duæ. Argumentum rei præbet, quod si alter ex his servitutem mihi remisisset, ab eo solo liberarer, alteri nihilominus servitutem deberem.* Nec distinguit, an conventione, an lege, servitus constituta sit, sed de casu, quo ædes meæ ædibus Titii & ædibus Mævii serviunt, generaliter quæstionem concipit, ac subjectit decisionem. Nec dictis adversatur *l.* 1. *C. de servit. & aqua.* cui talem nonnulli sensum affingunt, quasi contra impositam a lege servitutem præscriptio, non libertatem, sed novæ servitutis speciem induceret. Aliam namque commodam d. l. legi sententiam posse tribui, ex glossa constat. Neque erraturum putem, qui ita illud rescriptum acceperit; scilicet, adversus eum, qui contra veterem formam, lege vel edicto præscriptam, exstruxit, ut luminibus vicini officeret, recte agi posse, ut destruat, quod in servitutis publicæ præjudicium ædificavit. Sed cum forte de lege municipali aut edicto principali circa ædificandi modum docere læsus non posset, Imperator ulterius judici suggerit, eum sciturum, *longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere*. Quasi diceret, servitutem publicam non modo lege vel constitutione, sed & consuetudine, induci posse: cum consuetudo, ut alibi dictum, easdem cum lege vires habeat. Cæterum ita demum consuetudine servitutem induci, si is, qui eam pro se allegat, & altiore ædificatione *pulsatur*, id est, læditur, nec vi nec clam nec precario possederit. Licet enim aliquando *pulsari* dicatur, qui tanquam reus judicio convenitur: *l. de ætate* 11. *§. qui interrogatus* 9. *ff. de interrogat. in jure fac.* tamen & eum, qui læditur ac damnum patitur, in jure nostro *pulsari*, constat ex *l. consensisse* 2. *§. item si extra* 5. *ff. de judiciis.*

6 Vidimus, servitutem altius tollendi non in eo consistere, ut alicui in suo liceat altius ædificare: neque tamen diffiteri licet, aliquam in jure nostro notam esse servitutem, quæ altius tollendi licentiam contineat: ita enim in *l.* 2. *ff. de servit. præd. rust.* Neratius tradidit, prædiorum servitutes esse, *licere altius tollere, & officere prætorio vicini*. Idemque est in *l. in tradendis* 7. *§.* 1. *ff. commun. præd.* Nec aliud Gajus voluit in *l.* 2. *ff. h. t.* cum ait, *urbanorum prædiorum jura esse, altius tollendi & officiendi luminibus vicini*. Existimo autem jurisconsultos in *d. ll.* non aliam denotasse altius tollendi licentiam, quam qua per vicinum mihi conceditur jus & facultas altius tollendi in suo ad mei prædii utilitatem, atque ita officiendi quoque luminibus aut prætorio vicini, si non nisi cum eo vicini incommodo altior ædificatio peragi queat: veluti si fingas expedire prædio meo, ut paries in vicini loco fiat, qui non est; vel ut jam exstructus *vicini paries* altior sit, quam est; & ob id is mihi facultatem tribuat, parietem de novo in suo ædificandi, vel eum, qui jam illic est, in usum meum meo sumptu ad altitudinem majorem perducendi; sive luminum gratia mea intersit, ut radii solares repercussione in parietem elevatiorem ingrediantur cœnaculum meum, secundum *l. si arborem* 17. *§. interdum* 2. *ff. h. t.* sive alterius usus & utilitatis gratia. Etenim in suo quidem jure libertatis naturalis quisque altius ædificare potest, etsi vicino noceat, & luminibus ejus aut prospectui officiat, quoties servitus, *ne luminibus vel prospectui officiatur*, constituta non est: *l. inter servitutes* 15. *l.* 16. 17. *ff. h. t. l. si in ædibus* 9. *C. de servitutib. & aqua: l. Proculus ait* 26. *ff. de damno infecto*. In alieno id non licere, nisi servitute constituta, certum est, ac probatur arg. *l.* 1. *§. ult.* in *fine: l.* 2. *§. item Varus* 5. *ff. de aqua & aquæ pluv. arcendæ*. Qua ratione Ulpianus scripsit, *solere opus in alieno fieri, cum jure servitutis, quam quis habet alieno agro impositam, opus in alieno facit: l. damni infecti* 30. *pr.* junct. *§. ult. ff.* de *damno infecto*. Nec recte dixeris, in exemplo posteriore oneris ferendi servitutem contineri; cum ea ratione vicini paries onus ædium mearum haudquaquam ferat, sicut evenit in oneris ferendi servitute. Suadentque hanc interpretationem exempla reliqua, quæ in *d. l.* 2. *ff. h. t.* & *d. l.* 2. *ff. de servit. præd. rustic.* junguntur servituti, *altius tollendi licentiam* respicienti: quippe quæ pleraque comprehendunt facultatem aliquid faciendi in alieno, vel supra alienum prædium, veluti, *cloacam habere per vicini domum vel prætorium, vel protectum habere licere, stillicidium avertere in tectum vel aream vicini, immittere tigna in parietem vicini*. Addita quidem invenitur servitus altius non tollendi, & stillicidii in aream vicinam non avertendi, quæ duæ non pertinent ad licentiam faciendi in alieno; sed earum mentionem

non

non male dixeris habitam tantum occasione servitutis oppositæ; *licet altius tollere, aut stillicidium avertere*, in d. ll. inter alias enumeratæ.

7 Dixi, quo sensu *licere altius tollere* servitus sit: sed præter eam, etiam aliam in jure nostro occurrere opinor, qua vicinus in commodum vicini cogitur in suo altius extollere, & habere altius ædificata, sive propter lumina id fiat, sive umbræ gratia vicino prædio utilis aut necessariæ, sive frigoris & venti a prædio vicino arcendi causa; quales etiam præcipui servitutis, licentiam in alieno altius tollendi continentis, fines sunt. Quod ut apertius intelligatur, considerandum, servituti, ne luminibus officiatur, frequentius quidem inesse servitutem, ne altius tollatur, in quantum altius ductis vicini ædibus plerumque lumina vicini contingit obscurari: *cum servitus imponitur, ne luminibus officiatur, hoc maxime adepti videmur, ne jus sit vicino, invitis nobis, altius ædificare, atque ita minuere lumina nostrorum ædificiorum*, inquit Paulus *l. luminum* 4. *ff. h. t.* Quandoque tamen inesse & eam, ut altius ædificata vicinus habeat, quoties nempe luminibus septentrionem versus apertis, radii solares non directo, sed per quandam repercussionem lucem idoneam cœnaculo dominanti præstant; sic enim in *l. si arborem* 17. §. 2. *ff. h. t.* Ulpianus observavit, *interdum eum quoque, qui tollit* (id est destruit) *ædificium, vel deprimit, luminibus officere, si forte κατὰ ἀντανάκλασιν, id est, per refractionem seu repercussionem, vel pressura quadam, lumen in eas ædes devolvatur*; cui consequens est, ut teneatur in vicini gratiam perpetuo altius habere ædificatum in suo; atque adeo etiam, ad exemplum servitutis oneris ferendi, facere aliquid in suo, contra ordinariam servitutum naturam: cum eadem hic, quæ in onere ferendo, ratio sit; forma scilicet & formula conventionis, qua servitus altius tollendi, ac oneris ferendi, inducitur, *ut paries altius tollatur, &, ut paries oneri ferendo, uti nunc est, ita sit*: arg. *l. eum debere* 33. *ff. h. t.*

8 Contraria huic servituti est ea, qua vicinus prohibetur altius in suo ædificare, sive id luminum causa, sive utilitatis alterius gratia fiat: *l. altius* 8. *l.* 9. *l. ult.* §. 1. *C. de servitutibus & aqua*: *l. luminum* 4. *l. si domus* 21. *l. si ædes* 32. *ff. h. t.*

9 Luminum servitus non ea est, qua vicinus licentiam habet lumina, seu fenestras, in suo proprio pariete aperiendi; id enim libertatis est, licet paries prope confinium positus esset. Vide Christin. *ad Leg. Mechl. tit.* 14. *art.* 28. Carpzovium *defin. for. part.* 2. *constit.* 41. *defin.* 12. sed potius, qua vicino licet in vicini pariete lumina habere; seu, qua vicinus cogitur lumina seu fenestras vicini in suo pariete pati & excipere; unde & hæc *luminis immittendi* servitus dici potest: *l. luminum* 4. junct. *l. pen. ff. h. t. l. altius* 8. *C. de servit. & aqua.* Aliter luminum servitutem (vulgo venster-recht.) accipit Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 34. *n.* 25. 26. describens eam, quod sit jus aperiendi fenestram pendulam supra aream alterius; quod sine servitute fieri non posset; cum tota fenestræ apertura ac conversio super cardine supra proprium, non alienum, solum fieri debeat. Quod si fenestram posuerim in vicini pariete, eo silente nec contradicente tunc, cum id fit, videri non potest mihi ea ratione quæsitum jus luminum immittendorum; cum ad libertatis conservationem sufficiat, in servitutem non consensisse, nec contradictio requiratur: *l. invitum* 5. *ff. h. t.* arg. *l. filiusfamilias* 8. §. *invitus* 1. *ff. de procurator.*

10 Opposita huic est servitus luminis non aperiendi; qua vicinus constituit, se in suo pariete fenestram non aperturum, idque in prædii vicini utilitatem. Etsi enim nuda conventio, ne sibi in suo quid facere liceat, improbata videatur: arg. *l. pen. ff. de pactis*: id tamen fallit, quoties inde commodum aliquod vicino prædio accedit, ne usus ejus deterior fiat; secundum ordinariam servitutum naturam: arg. *l. quotiens* 15. §. 1. *ff. de servitutibus*: & quia præter conventionem ulterior usus aut patientia necessaria non est ad hujus servitutis constitutionem, consequens est, ut in emptorem quoque, aut alium successorem particularem, prædii servientis onus illud dicamus transire. Cæpolla *de servit. præd. urban. cap.* 62. *n.* 8. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 41. *defin.* 14. frustra dissentiente auctore notarum *ad Matth. de Afflictis decis.* 285. *n.* 7. quippe qui opinioni suæ fundamentum substernit erroneum; quod nempe sola personalis obligatio, non vero ipsum servitutis jus, ex tali proflueret conventione; cujus contrarium jam demonstratum.

11 Constituta servitute, *ne luminibus officiatur*, id actum censetur, ut vicino liceat ita lumina habere in superiore parte sui cœnaculi, ut nihil ibi opponi a vicino possit, quo lumen solare impediretur. Unde et id, quod a vicino ponitur, lumen quidem non impediat, solem tamen auferat, nihil contra hanc servitutem fieri censetur; nisi umbram faciat in loco, cui sol erat necessarius, veluti solario, vel heliocamino: *l. inter servitutes* 15. 16. 17. *ff. h. t.* Et licet hac servitute *maxime* illud acquisitum dicatur, ne vicinus altius tollat ædes suas: *l. luminum* 4. *ff. h. t.* (*quo* motus Cujacius, hanc cum altius non tollendi servitute perperam confundit: *lib.* 17. *observ.* 33.) non tamen illud tantum: cum neque viridaria (quas etiam *sylvas* appellari docet Cujacius *lib.* 10. *observ.* 13.) neque alia similia, quibus lumen impeditur, opponere possit hanc debens servitutem; uti quidem id potest, qui nudum constituit altius non tollendi jus: *l. ædificia* 12. *l. si arborem* 17. *ff. h. t.* Imo quandoque altius tollere tenetur, ac altius elevata deponere aut deprimere prohibetur dominus prædii servientis, quoties lumen reflexione & refractione radiorum solarium ingreditur cœnaculum prædii dominantis, ut ante dictum: *d. l.* 17. §. 2. *ff. h. t.* quod & alibi ipse Cujacius notat *l.* 23. *observ.* 20. Constituta autem generaliter servitute, *ne luminibus officiatur*, ambiguum fuit, utrum id de luminibus, quæ nunc sunt, an & de futuris accipiendum esset: sed humanius visum, verbo generali omne lumen, sive quod in præsenti, sive quod post tempus conventionis contigerit, significari: *l. qui ædificium* 22. *l.* 23. *ff. h. t.* Bronchorst *enant. cent.* 2. *assert.* 1. Et, si inter vicinos non conveniat, ad quam altitudinem prædii servientis dominus ædificium, aut aliud, quod face-

re instituit, ædificare aut ponere debeat, ut salva nihilominus sit servitus, nec luminibus officiatur; ab arbitro id definiendum est: *l. qui luminibus* 11. §. 1. *ff. h. t.* Vide *l. ex quo pace* 12. §. 1. 2. *C. de ædif. privatis*. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 199.

12 Cum jure *luminum immittendorum*, & ne *luminibus officiatur*, in plerisque conveniunt servitutes *prospectus*, & *ne prospectui officiatur*: eo excepto, quod prospectus in inferiore cœnaculi parte potissimum locum sibi vindicet, lumina in superiore; & latior pleniorque de prospectu, quam de luminibus, servitus sit: *d. l.* 15. 16. 17. *ff. h. t. d. l.* 12. §. 2. *C. de ædif. privatis*. Et huic quoque servituti opposita est servitus non prospiciendi in aream alterius, quod alioquin jure naturali permissum est. Grotius *manud. ad jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 34. *n. ult.*

13 De *stillicidiis*, aqua scilicet guttatim ex tecto decidente, deque *fluminibus*, id est, aqua collecta ac cum impetu decidente, *recipiendis* vel *non recipiendis*, *avertendis* vel *non avertendis*, in jure nostro servitutes proponuntur: §. 1. *Instit. de servitut. præd. l. servitutes* 20. §. 2. 3. 4. 5. 6. *l.* 21. *ff. h. t. l. si a te* 16. *ff. si servit. vind.* Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 34. *n.* 13. 14. 15. 16. & *n.* 27. 28. 29. 30. Leeuwen *censur. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 20. 21. quarum natura varia intelligi facile poterit, si primo libertatem hac in parte cognoverimus, quæ est, quod unusquisque aquam ex suo cadentem in suum derivare & possit & debeat. Quo posito, pro diversa conditione regionis siccæ atque torridæ, vel ex adverso aquosæ, proque aquarum copia vel inopia ibidem reperta, jus recipiendi vel non recipiendi, avertendi vel non avertendi stillicidii fluminisve, in ædes aut aream aut cloacam ex vicinorum usu ac utilitate constitui posse, dubium non est. Dummodo meminerimus, graviorem fluminis, quam stillicidii, servitutem esse; adeoque stillicidium demitti inferius non posse, ne ex stillicidio flumen fiat; contra vero tolli altius posse; cum levior eo facto servitus reddatur, dum id, quod ex alto cadit, lenius & interdum direptum dilabitur, nec pervenit ad locum servientem: *l.* 20. §. 5. *ff. h. t.* Flumen tamen nec deprimi nec attolli posse tradit Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 34. *n.* 30. Similiter retro duci quidem posse stillicidium placuit; quia in nostro magis incipiet cadere; produci non posse, ne alio in loco cadat, quam in quo posita servitus est: *l. servitutes* 20. §. *stillicidium* 5. *ff. h. t.* &, si antea ex tegula cassitaverit stillicidium, fieri non potest, ut ex tabulato aliave materia deinceps cadat: *d. l.* 20. §. *si antea* 4. *ff. h. t.* denique domino servientis areæ ibi, ubi cassitare cœpisset stillicidium, altius ædificare non aliter licet, quam quatenus stillicidio nullum impedimentum generatur: *d. l.* 20. §. *si servitus* 3. & *ult. l. si domus* 21. *ff. h. t. l. si eo loco* 9. *ff. si servit. vind.* Qua de causa moribus nostris etiam obtinuit, stillicidii debitorem in suo prædio serviente ædificare non posse supra prædii dominantis altitudinem, nisi relicta inter parietem prædii dominantis latitudine vacua quinque pollicum, aut alio spatio statutis vel consuetudine determinato, ad aquam recipiendam stillatim cadentem. Quo etiam pertinet forte Imperatorum Antonini & Veri rescriptum in *l. Imperatores* 14. *ff. h. t.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 34. *n.* 13. 14. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 21. Responsa JCtor. Holland. *part.* 1. *consil.* 233. *in fine*.

14 Est insuper servitus *cloacæ* mittendæ, qua vicinus alienam cloacam tenetur in suo recipere, atque ita locum cavum præbere, per quem colluvies quædam fluat: *l.* 1. *pr.* & §. *cloaca* 4. *ff. de cloacis*: *l. jus cloacæ* 7. *ff. de servitut.* de qua plenius *tit. de cloacis*. Est & jus immittendi fumum ex taberna casearia in superiora ædificia: *l. sicut* 8. §. *Aristo* 5. *ff. si servit. vind.* de quibus tabernis caseariis & vetere casearum fumigandarum more, vide Brissonium *select. antiquit. lib.* 4. *cap.* 15. licet alioquin fumum modicum in suo facere, cuique liceat; uti licet ignem in suo facere, aut sedere aut lavare: *d. l. sicut* 8. §. *apud Pomponium* 6. *ff. si servit. vind.* Petrus Gregor. Tholosanus *syntagm. jur. civilis lib.* 4. *cap.* 15. *n.* 4. & *seqq.* Est & jus effundendi vel abjiciendi aquam aut aliud quid ex superiore loco in inferiorem vicini aream: *d. l.* 8. §. 5. *fere in pr. ff. si servit. vind.* Cæpolla *de servit. præd. urb. cap.* 31. Petrus Gregor. Tholosanus *syntagm. juris civil. lib.* 4. *cap.* 13. Qua servitute concessa, urinæ tamen aut stercoris aliorumque putidorum projiciendorum facultas in dubio non videtur quæsita: arg. *l. ult.* §. *si stercus* 3. *ff. quod vi aut clam. l.* 2. §. *idem ait* 29. *ff. ne quid in loco publico*. Cæpolla *d. cap.* 31. *n.* 3. Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 34. *n.* 17. 18. 19. Gregor. Tholosanus *d. cap.* 13. *n.* 2. Adhæc servitus, ne vicinus in suo quid positum habeat, dum id forte prædio vicino obesset: *l. si quando* 17. §. *cum in domo* 1. *ff. si servit. vind.* Cujacius *lib.* 10. *observat.* 15. Item ut vicino liceat in aream vicini terram saxa lapides provolvere, aut posita habere, aut lapidem in suo cædere, ut fragmenta in aream vicini cadant; aut theatra seu contignationes facere in area vicini ad ædificandum: arg. *l. sicut.* 8. §. *Aristo* 5. *in med. ff. si servit. vind. l. item sui* 3. §. 1. 2. *ff. de servitut. præd. rusticor.* ad qualem contignationum erigendarum licentiam concedendam, etiam vicinus invitus constringi posset, si ædificatio alia nequeat ratione institui; idque tum publici aspectus favore, tum etiam exemplo viæ, quæ necessario cedenda ei, qui exitu alio aditque destitutus est, de quo *tit. seq.* Christinæus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 14. *artic.* 31.

15 Servitutum urbanarum occasione non incongruum fuerit de *muro communi* nonnulla subnectere, quem in confinio ædificatum collatis utrimque semipedibus aut alia latitudine Romani *cratitium* & *concratitium* dixerunt: *l. cum duobus* 52. §. *item Mela* 13. *ff. pro socio*: etiam *intergerinum*: Festo teste *in verb. intergerinus*. In primis sciendum est, inter ædes duas hortosve parietem intermedium in dubio communem præsumi, quoties pro pleno vicini alterutrius domino indicia desunt ac probationes. Idemque de sepimento ligneo, ac interstitio inter duas

duas ædes vacuo, aliisque omnibus inter duo prædia vicina intermediis, statuendum est, si non unius propria probentur: arg. *l. adeo* 7. §. *ult.* & *l.* 8. *ff. de acquir. rer. domin. l. si is* 4. *ff. de servit. legata:* §. *si Titius* 31. *Instit. de rer. divis. l. arbor.* 19. *ff. communi divid. l. pen. ff. pro socio.* Cæpolla, *de servitut. prœd. urban. cap.* 40. *n.* 9. Mantica *de tacitis & ambiguis lib.* 4. *tit.* 15. *n.* 24. Caspar Manzius *in libello de muro communi n.* 57. Christinæus *ad Leg. Mechl. tit.* 14. *art.* 12. & 13. Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 16. Nam &, si paries ab uno vicinorum in confinio ædificatus fuerit, communis est, juxta tritum illud, quo inædificata solo cedunt: arg. *l. si supra* 28. *ff. de acquir. rer. domin.* §. *cum in suo* 29. & 30. *Instit. de rer. divisione.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 34. *n.* 4. Nec dubitatur, quin is, qui duas habens domos unam distraxit, etiam parietis intergerini partem mediam, velut ædium portionem, credatur vendidisse, si non aliud actum sit: arg. *d. l. si is* 4. *ff. de servitute legata.* Ex quibus autem indiciis signisque peculiaribus pro parietis communione, aut proprietate unius vicini, conjecturæ probabiles desumi queant, latius enarratum vide apud Menochium *de præsumption. lib.* 6. *præsumpt.* 73. Mascardum *de probation. conclus.* 1130. Cæpollam *de servit. prœd. urban. cap.* 40. Manzium *d. libello de muro communi quæst.* 1. *n.* 2. & *seqq. ad n.* 37. Responsa JCtor. Holl. *part.* 1. *consil.* 304. & *part.* 2. *consil.* 6. Christinæum *ad Leg. Mechlin. tit.* 14. *art.* 13.

16 Cæterum, uti nulli licet in alieno quid facere invito domino, ita nec in pariete communi, si non accedat vicini consensus, eo quod res communis pro parte aliena est. Qua ratione neque fenestram in pariete communi aperire uni vicinorum licet: *l. pen. ff. h. t.* Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 34. *n.* 6. Christin. *d. tit.* 14. *art.* 14. Responsa JCtor. Holl. *part.* 1. *consil.* 304. & *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 35. & *part.* 4. *consil.* 327. neque tubulos balnearios aut fistulas eidem junctas habere, quibus aqua ducitur ex castello vel ex cælo capta: *l. quidam* 13. *l. fistulam* 19. *ff. h. t.* nec eum demolire, aut reficere, nisi urgente necessitate: *l. parietem* 8. *l. in re communi* 26. *ff. h. t.* junct. *l. si ædes* 12. *ff. communi dividund. l. in parietis* 35. *l.* 36. 37. *ff. de damno infecto:* eo excepto, quod Hollandiæ & quorundam aliorum moribus receptum sit, posse vicinum unum invito altero ligneum deponere sepimentum commune, suoque sumptu parietem lateritium ejus loco surrogare, futurum deinde inter eosdem vicinos communem. Hugo Grotius *d. lib.* 2. *cap.* 34. *n.* 5. 6. Christinæus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 14. *art.* 12. Et quamvis furnum parieti communi adstruere jure Romano vetitum haud fuerit, si modo vicinis caveretur de damno infecto: *l. si servus* 27. §. *si furnum* 10. *ff. ad leg. Aquil.* hodie tamen neque fornacem neque latrinam neque aliud simile, quod nocere solet, secundum parietem communem fieri posse, magis obtinuit, teste Grotio *d. lib.* 2. *cap.* 34. *n.* 7. Sic ut in his omnibus melior vicini prohibentis conditio sit: *l. Sabinus* 28. *ff. communi dividund. l. sed si inter* 27. §. 1. *ff. h. t.* Plane quod de furno Romanis placuit, id de camino non inepte dixeris, eum parieti communi admoveri posse, si inde non probabiliter ex judicio atque arbitrio peritorum artis damnum metuatur: arg. *l. sicut* 8. §. *apud Pomponium* 6. *ff. si servit. vind. d. l.* 27. §. 10. *ff. ad leg. Aquil.* Gratianus *discept. forens. cap.* 572. *n. ult.* Cæpolla *de servitut. prœd. urban. cap.* 64. *n.* 6. Quemadmodum nec prohiberi potest vicinus, quo minus balneum habeat juxta parietem communem; aut cameram ex figulino opere seu laterculis ita factam, ut etiam sublato pariete maneat; aut scalas, quæ removeri possunt: *d. l. quidam* 13. & *l. fistulam* 19. *pr.* & §. 1. 2. *ff. h. t.* Manzius *de muro communi n.* 47. & *seqq.* aut canalem superimponat ad aquam collectam versus plateas publicas derivandam. Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 34. *n.* 28. 29. Sed & incrustare parietem communem, & picturis exornare vicinorum alter jure suo potest; aliaque facere, quibus nullum vicino circa parietis communionem præjudicium generatur: *d. l. quidam* 13. §. 1. *ff. h. t.* Denique etiam omnia ea agere, quæ primæ conveniunt intentioni ac destinationi eorum, inter quos paries communis est: arg. §. *religiosam* 9. *Instit. de rer. divis.* Christinæus *ad Leg. Mechl. tit.* 14. *art.* 12. *in fine:* usque adeo, ut, si vicini semipedes inter se contulerint, ut ibi cratitium seu intergerinum parietem inter se ædificarent ad onera utriusque sustinenda, deinde ædificato pariete, alter in eum immitti non patiatur, pro socio agendum sit: *l. cum duobus* 52. §. *item Mela* 13. *ff. pro socio:* arg. *l. in parietis* 35. *l.* 36. 37. *ff. de damno infecto.*

17 Utrum autem vicinorum unus invito altero in pariete aut supra parietem communem ædificare jure suo possit, non prorsus expeditum est. Ad medietatem usque id vicino licere, verius videtur; maxime, si paries pro diviso communis sit, quod & in dubio præsumendum volunt: dum modo prima sociorum intentio non manifesto refragetur, & pars illa dimidia oneri ferendo sufficiens sit, nec opere facto in alterutrius vicini ædes inclinetur; sic ut & ei, qui non ædificat, vitiumque ex opere futurum timet, per ædificantem cautio de damno infecto præstanda foret: *l. inter quos* 39. *l. ex damni* 40. §. *quotiens* 1. junct. *l. in parietis* 35. & *seqq. ff. de damno infecto: l. si, cum meus* 14. §. 1. *ff. si servit. vindic. l. hoc, quod dictum* 25. §. 1. *ff. h. t.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 34. *n.* 3. Menochius *de præsumption. lib.* 6. *præs.* 73. *n.* 23. & *seqq.* Cæpolla *de servit. prœd. urban. cap.* 40. *n.* 19. Manzius *de muro communi, quæst.* 12. *n.* 33. & *seqq.* Unde &, si ex tribus ædibus in loco impari positis, ædes mediæ superioribus serviant, inferiores autem nulli serviant, & paries communis, qui est inter inferiores & medias, altius a domino inferiorum ædium sublatus sit, jure eum altius habiturum, cum Sabino Pomponius respondit: *l. hoc, quod dictum* 25. §. 1. *ff. h. t.* eo quod sociorum unus rei communi servitutem imponere solus ita non potuit, ut socio non consentienti diminueret libertatis jus pro parte ejus: *l. u-*

nus

nus 2. *ff. de servit. l. per fundum* 11. *ff. de servit. præd. rust.* Manzius *de muro communi n.* 73. 74. Si tamen paries intermedius non nisi ad, prædium a prædio separandum exstructus videatur, vix est, ut tunc vicino ad medietatem usque altius ædificandi jus asseramus; cum secundum ante dicta nihil socius invito socio possit in rei communis præjudicium, ultra primam eorum intentionem: arg. *d. l.* 28. *ff. communi divid. l. sed si inter* 27. *in fine ff. h. t. l. an unus* 11. *ff. si servit. vindic.* Ant. Thessaurus *decis.* 41. *n.* 13. Cæpolla *de servit. præd. urb. cap.* 40. *n.* 33. Quod si, cum ad medietatem usque liceret, ultra eam sine vicini consensu ædificatum appareat, si quidem sciente ac tacente eo id factum sit, destruendum non est, sed tantum id quod interest tacenti præstandum: sin eo ignorante, vel sciente ac contradicente, deponendum foret non jure impositum: *l. Sabinus* 28. *ff. communi divid.* nisi consuetudo loci ferat, neminem ad destruendum compelli, qui ultra annum & diem opus habuit, nullo jure, & cum vicini læsione, factum; sed id quod interest exsolvendo liberari. Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 36. *n.* 7.

18 Vidimus de muro communi; de vestibulo communi (*een gemeene gang*) non minor dubitatio est, quid in eo quisque possit? Sane, cum locus talis sociorum voluntate ad exitum; introitum transitumque ab initio destinatus sit, magis est, ut unus eorum, invito altero ac repugnante, nihil novi facere possit, quo transitus, exitus introitusque redderetur præpeditior, etsi non in universum usus tolleretur; veluti januam appendendo, quæ cardine supra hujusmodi verteretur vestibulum; aut gradus exstruendo, per quos ex ædibus in vestibulum commune descensus ascensusve fiat, dum ædes vestibulo altiores sunt aut depressiores. Quam opinionem non modo vulgatam firmat axioma superius commemoratum, quod nempe melior causa sit socii prohibentis, ne quid novi fiat in re communi, quod primæ adversatur sociorum destinationi: *l. Sabinus:* 28. *ff. communi divid.* sed & argumentum ex *l. ult.* §. 1. *ff. h. t.* in qua dum Scævola respondit, Lucium Titium prohiberi a vicino Publio Mævio non potuisse, quo minus, aperto pariete domus suæ, januam in publico aperiret, quoties neque luminibus Publii Mævii, neque itineri ejus officeret; satis a contrario significat, Publium Mævium legitimam habiturum actionem, ne ea fiant, quibus iter ejus impediretur. Et, si is, cui viæ vel itineris servitus per fundum alienum constituta est, cum proprietario per inædificationem iter obstruente agere possit, jus ei non esse ita ædificatum habere: *l. si eo loco* 9. *ff. si servit. vindic.* longe magis hanc inædificandi atque ita nocendi potestatem per legitimos tramites impedierit, qui jure suo, sine servitutis jure, vestibulo communi uti vult secundum primam sociorum destinationem. Denique, si nullus sine servitute, vel in area alterius aliquid facere possit, vel supra aream alterius fenestram suam januamve aperire, dum is, cujus solum, ejus & cælum est: arg. *l. quemadmodum* 29. §. *si protectum* 1. *ff. ad leg. Aquil.* Grotius *manuduct. ad jurispr. Holland. libr.* 2. *cap.* 34. *n.* 25. Cæpolla *de servitut. præd. urban. cap.* 55. *n.* 1. Consequens est, ut nec in communi vestibulo socius ista, socio reluctante, possit; cum & res communis pro parte aliena sit. Cæpolla *de servit. præd. urban. cap.* 39. n. 6. Responsa Jurisconsu. Hollandiæ *part.* 4. *consul.* 235. 236. Quibus non adversatur *l. servitutes* 20. §. *si domo* 1. *ff. h. t.* qua potissimum moti nonnulli, contra responderunt: *d. part.* 4. *consil. Holl.* 577. & 578. cujusque sententia est, si domo mea altior area tua esset, tuque mihi per aream tuam in domum meam ire agere cessisti, nec ex plano aditus ad domum meam per aream tuam esset, posse me gradus vel clivos prope januam meam jure facere, dum ne quid ultra, quam quod necesse est, itineris causa demoliar. Quod enim illic clivos gradusve exstruere licet, id inde est, quia jure servitutis vicinus indulserat per suam aream vicino jus eundi agendi ad domum ejus; servitute vero concessa omnia concessa censentur, sine quibus servitus expediri non poterat; estque, quod sibi vicinus prædii servientis dominus imputet, dum sciens, ex plano non posse vicinas introiri ædes, non apertius circumscripserit servitutis concessionem. Alia vestibuli communis ratio est; quippe cujus usum communem ad ingressum transitumque dum sibi communi consensu socii nominatim reservarunt, jus non patiebatur, ut unus cæteris invitis, qui nec propalam nec per consequentiam ab initio consenserant, tolleret aut diminueret ædificando usum transitus, adeo manifeste non in unius sed omnium sociorum utilitatem destinati conservatique, ut, licet rerum omnium communium intuitu ad unius socii desiderium a communione recedendum sit, tamen de vestibulo communi binarum ædium arbiter communi dividundo, invito utrolibet, dari non debeat; ne is, qui de vestibulo licitari cogitur, necesse habeat interdum totarum ædium pretium facere, si alio editu destitutus sit: *l. arbor* 19. §. *de vestibulo* 1. *ff. communi divid.*

TITULUS III.

De Servitutibus Prædiorum Rusticorum.

SUMMARIA.

1 *Quid sit* iter, *tum jure Romano, tum moribus? Qui fundum vendens aquam excipit in illo fundo,* & circa eam late decem pedes, *non proprietatem sed iter tantum censetur excepisse.*
2 *Quid* actus, *quæ latitudo ejus? an & quo sensu iter actui insit, vel non?*
3 *Quid via: quo modo iter & actum contineat? Quæ sit latitudo viæ jure civili & moribus?*
4 *Vicinus viam vendere vel precario concedere cogitur vicino, cujus prædium nullum exitum aditumque habet. Et quid distet talis via a viis aliis circa potestatem claudendi, scindendi, corrumpendi viam?*
5 *Quid sit via vicinalis, & an claudi possit?*
6 *Quid sit* aquæductus? *requirit aquam vivam. Quid si fons exaruerit iterumque fluat post tempus quod præscriptioni sufficit? An si aqua longo tempore ex prædio superiore ad inferiora*

ra defluxerit, dominus agri superioris possit extraneo aquam concedere, in præjudicium domini agri inferioris?

7 *Quid aquæhaustus? An haustum debens cingere puteum & muro includere possit? ad quem spectet refectio & purgatio putei servientis, vel putei communis? an via publica aut locus sacer intermedius haustum impediat?*

8 *Itinere, actu, via, aquæductu, sine certi loci designatione concessis, electio competit domino prædii dominantis, per quam fundi partem ire agere &c. velit.* Sed civiliter eligere debet. *Nec, si elegerit, mutare rursus potest. Dominus tamen prædii servientis mutare potest, & alium æque commodum locum assignare.*

9 *An flumen publicum intermedium impediat iter, actum, viam, haustum; si non vado nec ponte sed pontonibus trajiciatur?*

10 *Quid sit servitus pecoris pascendi? quando realis, quando personalis sit? an tunc ex pascuis novalia fieri? An dominus suum quoque pecus immittere? An includi possit animal alienum non jure depascens?*

11 *Recensentur aliæ plures rusticæ servitutes, & earum requisita, partim ex legibus partim ex moribus.*

12 *Exemplo servitutum enumeratarum possunt & aliæ excogitari, si modo servitutis natura & requisita adsint. An servitus sit, si testator jusserit*, ab uno prædio alteri prædio præstari certam arundinum aut similium quantitatem; *vel si id inter duorum fundorum dominos contractu actum sit?*

1 Ut urbanarum, ita & rusticarum servitutum plures in jure species occurrunt, quæ cum non magnis sint difficultatibus innodatæ, sufficerit obiter eas recensuisse. Iter est jus eundi ambulandi hominis, *pr. Inst. de servitut.* adeoque eundi ac redeundi: ambulare enim est spatia reciproca facere, & in sua vestigia reflectere. Vel etiam est, qua quis pedes vel eques commeare potest: *l. inter actum* 12. *ff. h. t.* aut etiam sella vel lectica vehi: *l. qui sella* 7. *ff. h. t.* quale iter a spatiandi servitute distat, quippe quæ plus voluptatis quam utilitatis in se continet, ideoque personæ potius, quam prædio constituitur: *l. ut pomum* 8. *ff. de servitutibus*, ut latius traditum *tit.* 1. *de servit.* Quisquis vero ier habet, non ipse tantum ire potest, sed & cum eo domestici, hospites, convivæ, mercenarii, medici: arg. *l. usu retinetur* 20. *ff. quemadm. serv. amitt.* §. 1. & 2. *Inst. de usu & habitat.* *l.* 1. §. *is cujus colonus* 7. 11. *l. inde etiam* 3. §. *uti videmur* 4. *ff. de itinere actuque privato*. Observandum tamen, usu nostro iter proprie esse, qua quis pedes commeare potest (vulgo *een voedpad*) ab eoque diversum esse jus equo commeandi per fundum alterius, quod vulgo *een ry-pad* appellatur. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 55. *n.* 1. & *seqq.* Si itineris latitudo definita non sit, ab arbitro definienda est: *l. certo* 13. §. *latitudo* 2. *ff. h. t.* plerumque ad trium quatuorve pedum latitudinem, ut vult Groenewegen *ad l.* 8. *ff. h. t.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 35. Quod si quis duo habens prædia, in unius venditione aquam, quæ in fundo nascebatur, & *circa eam aquam late pedes decem* exceperit, non dominium ejus loci, sed iter duntaxat per illud spatium videtur sibi pactus esse: *l. qui duo* 30. *ff. h. t.*

2 Actus est jus agendi jumentum vel armentum vel vehiculum: *pr. Inst. de servit. prædior.* *l. inter actum* 12. *ff. h. t.* cujus latitudo si partium conventione definita non sit, certam a lege determinationem non habet, sed ab arbitro statuenda est *l. certo* 13. §. *latitudo* 2. *ff. h. t.* ac proinde quod a Festo scriptum est, *actum esse iter inter vicinos quatuor pedum latum*; non de latitudine per legem definita accipiendum, sed de ea, quæ plerumque partium solebat conventione comprehendi. Meminisse etenim oportet, illam saltem esse debere actu latitudinem, ut illac jumentum duci queat: nec præcise requiri, ut & jumentum & vehiculum illac duci possit: proinde si tam angusti loci demonstratio facta fuerit, ut neque jumentum neque vehiculum ea inire possit, iter magis quam actus acquisitus videretur: sed si jumentum ea deduci potuerit, non etiam vehiculum, actum datum intelligi, Pomponius docet: *l. si tam angusti* 13. *ff. de servitutib.* cum quo ut Modestinus concilietur, dum ait in *l. inter actum* 12. *ff. h. t.* actum esse, *ubi & armenta trajicere & vehiculum ducere licet*, dicendum est, & jumentum & vehiculum duci in dubio posse ab eo, qui actum habet, si tanta inveniatur designata actus latitudo, ut vehiculi quoque ductum admittat; imo actu concesso sine latitudinis determinatione, arbitrum non angustiorem debere assignare locum, quam quo & jumenti & vehiculi ductus patet: cæterum sufficere posse ad actus constitutionem, si vel ea latitudo a partibus definita reperiatur, qua non vehiculum sed tantum jumentum inire potest. Quæ & ratio esse videtur, quod ab Ulpiano & Justiniano actus fuerit descriptus jus agendi jumentum vel vehiculum; quasi alterum ad actus naturam sufficiat: *l.* 1. *ff. h. t. princ. Instit. de servitut. prædiorum*. Qui autem actum habet, etiam iter habet, eoque uti in dubio etiam sine jumento potest: *d. pr. Inst. de servitut. prædior.* *d. l.* 1. *ff. h. t.* nisi aliud in actu constituendo placuerit, ut scilicet non nisi cum jumento, quod pellitur, eat; quo casu actus sine itinere esse dicitur: *l. loci* 4. §. *qui iter* 1. *ff. si servit. vindic.* In dubio scilicet hæc conjectura est, eum, qui actum concessit, longe magis iter, quod minus est, voluisse concedere; quæ præsumptio cessat, ubi in contrarium manifesta voluntatis declaratio est. Quod vero Paulus scripsit, eum, qui actu legato iter adimit, nihil adimere, quia nunquam actus sine itinere esse potest: *l.* 1. *ff. de adimend. vel transfer. legatis*: id de eo haud dubie intelligendum itinere, quo quis jumentum ducens aut vehiculum, simul ipse ire debet. Sed & dici potest, illum, qui actu legato iter adimit, nihil agere, quia iter, quod ab actu separatim consideratur ut alia servitus, non legaverat; frustra vero adimit testator, quod non prius ipse legavit. Quo modo & in

in *l. si quis ita* 3. *§. si loci* 6. *ff. de adim. vel transf. legatis:* Ulpianus ait, usufructu loci legato, si testator iter adimat, non valere ademptionem, nec vitiari legatum; sicuti qui proprietatem fundi legat, iter adimendo legatum non minuit. Actui nempe iter aliquod inest ex necessitate, quod abesse aut separari ab actu nequit, dum quis jumentum ducens, illud comitatur; de quo *d. l.* 1. *ff. de adimend. vel transf. legatis.* Inest & aliud non ex necessitate, sed sola probabili conjectura, puta, quo quis solus ire potest sine jumento: quod proinde etsi in dubio quoque datum intelligatur, adimi tamen jure potuit, quo de casu est *d. l.* 4. *§.* 1. *ff. si servit. vind.* non ademptum nominatim, ipso jure competit domino prædii dominantis, velut actus pars; idque non formaliter, ita ut separata itineris & actus servitus esset, sed materialiter & naturaliter ut loquuntur. Unde actum habens *iter & actum habere* dicitur: *l. qui iter* 2. *ff. quemadm. servit. amitt.* & qui actum stipulatus est, si deinde iter stipuletur posteriore stipulatione nihil egit; non magis, quam si quinque quis stipuletur, qui prius decem deduxerat in stipulationem: *l. si pupillus* 9. *§. ult. ff. de novation. l. qui usumfructum* 58. *ff. de verb. oblig.* atque insuper actum habenti, si statuto tempore iverit tantum, non egerit, ablatum non censetur præscriptione agendi jus: *d. l.* 2. *ff. quemadm. servit. amitt.* quæ aliter obtinerent, si iter actui non foret inclusum. Plane formaliter (ut ajunt) actus in se iter non continet, quatenus actum habens iter separatim vindicare nequit; &, si maxime cœperit iter separatim vindicare, nec obtinuerit, actum deinceps vindicare non prohibetur: quasi aliud nunc peti videatur, aliud ante petitum sit, ac ideo exceptio rei judicatæ cessare debeat: *l. si mater* 11. *§. si quis iter* 6. *ff. de except. rei judic.* junct. *l. si pupillus* 9. *§. ult. in fine ff. de novation.* quod falsum esset, si iter formale esset actus pars; cum utique totum petere nequeat, qui in partis petitione succubuit, & versa vice: *l. si quis cum totum* 7. *pr. & §. pen. & ult. ff. de except. rei judic.*

3 Via est jus eundi, ambulandi, agendi, lapidem insuper aut tignum trahendi, hastam rectam referendi, si modo fructus non lædat; quæ posteriora nec itineris nec actus jure permissa sunt: *l. qui sella* 7. *ff. h. t.* Continetque via in se iter & actum, non materialiter tantum, sed & formaliter, sic ut viam habens sibi constitutam etiam iter aut actum vindicare nominatim possit, prout vel ire vel agere fuerit impeditus *d. pr. Instit. de servitut. præd.* & viam remisisse censeatur, qui cum eam prius in stipulatum deduxisset, deinceps & iter & actum accepto tulit: *l. & per jusjurandum* 13. *§. si id* 1. *ff. de acceptilat.* Unde & non ineleganter Ulpianus scripsit, *via iter & actum in se continet*, *l.* 1. *ff. h. t.* quasi tribus servitutibus in unum collatis; eo fere modo, quo idem Ulpianus notavit, stipulationem judicatum solvi tres clausulas in unum collatas habere: *l.* 6. *ff. judicatum solvi*. Confer Rævardum *ad leg.* 12. *tab. cap.* 14. Etsi autem latitudo viæ ex partium determinatione angustior ampliorve esse posset; eam tamen ad minimum tantam esse necesse est, ut illac & jumentum & vehiculum inire queat; ne alioquin iter magis aut actus, quam via, videretur concedi: *l. si tam angusti* 13. *ff. de servitut. l. via constitui* 23. *ff. h. t.* Quod si latitudo a partibus definita non sit, lex duodecim tabularum in subsidium eam octo pedum in porrectum & sedecim in anfractum esse jussit: *l. viæ latitudo* 8. *ff. h. t.* ac nostris moribus, quoties non uni sed pluribus per locum eundem via concessa est sine latitudinis expressione, solere arbitrio judicis assignari latitudinem pedum duodecim, ut currus obvii sibi invicem cedere queant, testes sunt Groenewegen *ad l.* 8. *ff. h. t.* Leeuwen *censur. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 35.

4 Præter viam, arbitrio domini prædii servientis constituendam aut denegandam, alia insuper via est, quæ ex necessitate per prædii servientis dominum concedenda est, dum aditum exitumque nullum fundus vicinus habet: (vulgo *een nod-weg*) qualis via aut iter jure quidem Romano necessario cedi debebat ei, qui sepulchrum in fundo habebat, nullam autem ad sepulchrum viam: *l. si quis sepulchrum* 12. *ff. de religios. & sumpt. funerum:* adeo ut & Pomponius auctor sit, legibus prædiorum vendendorum cautum fuisse, ut dominis prædiorum, in quibus sepulchra fecerint, post venditos fundos ad sepulchra, quæ in fundis sunt, iter, aditus, ambitus funeris faciendi sit: *l. utimur* 5. *ff. de sepulchro violato.* Sed id ex æquitate ab interpretibus ad omnia prædia, aditu exituque carentia, extensum fuit, ut scilicet, implorato extra ordinem judicis officio, vicinus vel jus viæ plenum constituat, justo pretio accepto; vel saltem precario viam concedat, tum exercendam, cum necessitas postulaverit; idque cum minimo, quoad ejus fieri potest, vicini patientis detrimento: *d. l.* 12. arg. *l. ult. ff. de servitut. præd. urb. l. item Labeo* 22. *§. sed etiam* 3. *ff. famil. ercis. l. servum filii* 44. *§. ult. ff. de legatis* 1. Christinæus *ad Leg. Mechl. tit.* 14. *art.* 51. Papon *lib.* 14. *tit.* 1. *art.* 3. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 35. *n.* 5. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 30. & 34. Qualis via ex necessitate ac precario indulgenda a cæteris in eo distat, quod non claudi tantum per dominum prædii servientis, sed & scindendo vel effodiendo corrumpi possit; ita ut demum rogatus, & necessitate urgente, eandem aperire teneatur, & habilem ad usum præstare. Grotius & Leeuwen *d. loc.* Cum ex adverso vias cæteras dominus prædii servientis nec scindendo nec aperiendo corrumpere possit: arg. *l. per quem* 14. *ff. h. t.* imo ne ostio quidem præcludere aliter, quam ut semper prædii dominantis domino pateat liber per ostium transitus: arg. *l. si quid* 5. *C. de servitut. & aqua.* Leeuwen *d. cap.* 14. *n.* 39. van Alphens Papegaey *part.* 1. *tit.* 16. *van complainte, t' eerste verbaal.*

5 Sed nec confundenda via, jure servitutis constitui solita, cum ea quæ vicinalis est, ex collatis vicinorum agris facta, cujus pars una in militares seu publicas vias exitum habet, altera sine ullo exitu in vico intermoritur: *l. ult. ff. de locis & itiner. publicis.* Quam etiam non nisi communi vicinorum consensu claudi posse, notat Grotius *d. lib.* 2. *cap.* 35. *n.* 7.

6 Aquæductus est jus aquæ ducendæ per fundum vel ex fundo alieno, sive ex capite sive ex alio quovis loco: non tamen ex puteo, vel stagno, vel lacu aut piscina vivem aquam non habente: *l. servitus* 9. *ff. h. t. l.* 1. §. *quamquam* 6: *ff. de aqua quot. & æstiva l. un.* §. *hoc interdictum* 4. *ff. de fonte: l. foramen* 28. *in fine ff. de servitut. præd. urban.* Quæ quidem servitus, exarescente fonte, ex quo aque ducebatur, evanescit; reviviscit tamen, ubi rursus eodem ex fonte cœperit aqua fluere, etsi demum post temporis tanti spatium, quo servitus non utendo amitti solet; eo quod jus ducendi sine negligentie aut culpa amissum erat: *l. unus ex sociis* 34. §. *si fons* 1. *l.* 35. *ff. h. t.* Potest autem non uni tantum, sed & pluribus eundem per locum aquæductus concedi, ut vel simul, vel diversis singuli diebus horisve ducant, si modo aquæductus & aqua omnibus sufficiat: *l. rusticorum* 2. §. 1. 2. *ff. h. t.* Quod si aque longo tempore ex prædio superiore ad inferiora defluxerit, an prædii superioris dominus extraneo possit jus aquæ ducendæ concedere, in præjudicium inferiorum, quibus hactenus aqua profuerat, quæstionis est: quæ ut definiatur, videndum, utrum aqua naturaliter, vel opere manu facto in prædio inferiore, ad prædia inferiora defluxerit, an vero opere in ipso prædio superiore manu facto. Priore enim casu, ratio non est, cur non dominus superioris prædii aquam in suo erumpentem, atque adeo suam, vel sibi retineat, vel cui voluerit servitutis jure ducendem concedat, ab inferioribus prædiis ad quæ delabi solebat avertendam: erg. *l. si ibi* 10. *C. de servit. & aqua:* cum nulla hic concipi queat servitutis præscriptio per inferiorum fundorum dominos facta aquæ intuitu, sed plenissimam fundus superior retinuerit libertatem; aut si quæ servitus hic quæreretur, iu eo magis consisteret, quod inferiora prædia superiori serviant in aqua superflua excipienda: *l.* 1. §. *ult. ff. de aqua & aquæ pluv. arcendæ.* Et sane, si cuique liberum sit, venas aqueas subterraneas, quibus ad alterius agrum aqua delata ibidem erumpit, in suo fundo rescindere, quia jure suo sic utitur, quoties servitus in contrarium constituta non est: *l. si in meo* 21. *ff. de aqua & aquæ pluv. arcendæ: l. fluminum* 24. §. *ult. ff. de damno infecto:* quid ni eodem jure impedlat quoque, ne supra faciem soli sui fluens aqua ad inferiores fundos labatur? Si vero opere manu facto in fundo superiore inferioris fundi dominus aquam in suum derivaverit, cum ita præscriptione jus aquæ ducendæ prædio inferiori quæsitum sit: arg. *d. l.* 1. §. *ult. ff. de aqua & aquæ pluv. arcendæ:* non potest iu præjudicium juris inferiori prædio quæsiti alils concedere aquæ ducendæ jus: arg. *l. per quem locum* 14. *ff. h. t.*

7 Proximus ductui haustus est, jus nempe aquæ hauriendæ ex fonte vel puteo vel flumine priveto alieno, imo nostris moribus utiliter etiam ex cisterna aliena: Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 35. *n.* 10. Quo concesso, datum simul censetur iter ad puteum; uti vice versa itinere ad puteum dato simul haustus intelligitur indultus: *l. item sic* 3. §. *qui habet* 3. *ff. h. t. l. unic.* §. *plane* 5. *ff. de fonte.* Potest autem dominus prædii servientis, in quo puteus aut fons est, prædium muro aut sepimento includere, si modo januem in sepimento relinquat, arbitrio haurientis aperiendam: Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 39. De cætero, putei vel cisternæ purgatio atque refectio communis est domino putei & illis, qui ex illo puteo aquæ hauriendæ servitutem habent, quamdiu non renunciarunt juri servitutis: arg. *l. & si forte* §. 2. *ff. si servit. vindic.* Grotius *d. lib.* 2. *cap.* 35. *n.* 12. Leeuwen *d. cap.* 14. *n.* 37. Quod si servitus quidem aquæhaustus constituta non sit, sed tota vicinia communem puteum habeat, in tantum communis erit istius putei refectio, ut nec unus ex viciuis possit renunciando juri aquæ hauriendæ ab illo refectionis onere in totum liberari. Christinæus *ad Leg. Mechl. tit.* 14. *art.* 46. 47. *n.* 4. 5. Ilubertus *enchiridio;* verbis, *vicinus an contribuat.* Via publica si inter duo prædia sit intermedia, aquæ haustus quidem sola dominorum voluntate constitui potest, at aquæductus non nisi Principe permittente, aut juxta mores hodiernos consentientibus illis, quibus viarum publicarum cura tum in urbe tum in agris demandata est: *l. servitutes prædiorum* 14. §. *ult. ff. de servitutibus: l. si prius* 17. §. *via publica* 2. *ff. de aqua & aquæ plur. arc.* Groenewegen *ad. d. l.* 14. eo quod ad haustum exercendum nil præter iter per viam publicam requiritur; quod omnibus liberum est: enimvero in ductu viam publicam scindi seu aperiri & trajectum fieri necesse est, quod sola publica, nequaquam privata permissum auctoritate: *l.* 2. §. *ult. & tot. tit. ff. ne quid in loco publico fiat.* Plane, si sacer aut religiosus fundus intermedius sit, non aquæ tantum ducendæ, sed & hauriendæ servitus impedita est; cum id, quod humani juris esse desiit, non recipiat servitutem: *d. l. si prius* 17. §. *sic &* 3. *ff. de aqua & aquæ pluv. arcend. d. l. servitutes* 14. §. *ult. ff. de servitut.* junct. *l. caveri* 4. *ff. communia prædiorum.*

8 Illud itineri, actui, viæque, quin & aquæ ductui ac haustui commune est, quod simplicius tali servitute per fundum cesse, vel testamento relicta, nec facta partis assignatione, per quam ea exerceetur, electio ejus prædii dominantis domino competat: *l. si cui* 9. *ff. de servitut. l. ult. ff. de aqua quot. & æstiva.* Ex, si plurium fundo communi servitus eadem legata sit, omnes debeant de loco consentire: *l. itinere* 28. *ff. h. t.* Cujus electionis illa ratio est, quod, nulle parte destinata, totus fundus & omnes fundi glebæ credentur servire: *l. certo* 13. §. *si totus* 1. *l. si mihi* 21. *ff. h. t.* Quo posito, inficias iri non potest, quin prædii dominantis dominus, per quamcunque iverit, egerit, duxeritve prædii partem, id jure suo vi servitutis in infinito, seu indefinite, concessæ agat. Unde nec obstat, quod in actibus inter vivos electio debitori potius tribuenda sit: §. *si quis agens* 33. *Instit. de action.* Cum illa regula tantum locum habeat, ubi res in genere, vel duæ res alternative debitæ sunt, adeoque nec totum genus nec res utraque, sed una tantum species solvenda est; quod non ita est in casu nostro, ubi non quædam, sed omnes partes & glebæ fundi dicuntur servire. Quod autem Paulus in *l. si*

via

via 26. *ff. h. t.* hæredi facultatem tribuit, per quam fundi partem constituere velit servitutem itineris actus viæ aquæductus simpliciter legatam; id ad antiqui juris vestigia referendum est, & de damnationis legato accipiendum, in quo electio hæredis erat. Sed sublata legatorum differentia, electio ex jure novo legatario relinquenda fuit, ut in materia legatorum latius dicetur. Ita tamen prædii dominantis domino eligendi potestas est, ut *civiliter* in eligendo versari debeat. Unde primo quidem permittendum ei non est, ut per villam ipsam mediasve vineas eat agat, cum id æque per alteram partem facere posset, minore fundi servientis detrimento: usque adeo, ut, licet totus fundus servire dicatur, non destinata parte quæ serviret, tamen partes illæ solæ, quæ tunc, cum cessio fieret servitutis, ædificiis, arboribus, vineis vacuæ fuerint, eo nomine servire intelligantur: *l. si mihi* 21. *l.* 22. *ff. h. t. l. si cui* 9. *ff. de servitutib.* arbitro etiam ad definiendum locum dando, si minus civiliter & cum captione domini prædii servientis velit servitutem exercere: *l. certo* 15. §. *si totus* 1. & 3. *ff. h. t.* Sed & secundo constitit, eum, qua viam primum direxerit, ea demum ire agere deinceps debere, neo amplius mutandæ ejus habere potestatem; adeo ut cæteræ agri partes præter eam, qua servitus exercita, in posterum liberæ censeantur: *d. l. certo* 13. §. 1. *ff. h. t. d. l. si cui simplicius* 9. *ff. de servitut.* arg. *l.* 1. §. *illud tamen* 15. *ff. de aqua quot. & æstiva:* nisi etiam mutandi licentia conventione concessa sit: *l. nam satis* 6. §. 1. *post med. ff. quemad. servit. amitt.* Quæ tamen non impediunt, quo minus domino prædii servientis mutare liceat, & aliud, quam prius electione vel conventione designatum fuerat, spatium ad iter actum viam assignare; si modo nullum inde prædii dominantis domino præjudicium generetur. Unde &, si viam debens ædificium ponat in assignato viæ loco, non potest per dominantis prædii dominum prohiberi, ne in opere cœpto pergat, interposita novi operis nunciatione; sed viæ servitutem vindicare debet, ut alia parte æque commoda ire agere per fundum permittatur: *l. qui viam* 14. *ff. de operis novi nunciat. l. locum* 2. §. *pen. ff. de religios. & sumpt. fun.* Costalius *ad l. si cui* 9. *ff. de servitut.* Ant. Faber *in rational. ad d. l.* 9. & *Cod. libr.* 3. *tit.* 24. *defin.* 4. Cæpolla *de servitut. urban. præd. cap.* 23. *n.* 5. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 50. nisi ædificando tota agri latitudo occuparetur: tunc enim, quia via in totum impediretur, viam vindicans, eo ipso quoque obtineret operis cœpti inhibitionem; de quo casu accipienda *l. si eo* 9. *ff. si servit. vind.* Vide Rævardum *lib.* 2. *varior. cap.* 2.

9 Similiter itineri actui viæ & aquæ haustui commune est, quod, uti via publica, inter prædium dominans ac serviens intermedia, harum servitutum impositionem non impedit, ita neque intermedium publicum flumen, quoties illud vel vado transiri potest, vel ponte strato: *l.* 1. *ff. de servit. præd. urb. l. servitutes* 14. §. *ult. ff. de servitut. l. ult. ff. h. t.* Quod si pontonibus trajiciendum sit, Paulo quidem Jurisc. aliquando placuit, magnitudinem fluminis impedimento esse, quo minus hæ servitutes tunc constituantur: *l. si prius* 17. §. *via publica* 2. *ff. de aqua & aquæ plur. arc.* sed eidem, penitius omnia consideranti, postmodum contra visum fuit: adeoque si fingas, tua prædia meo vicina esse, tuis flumen, trans flumen rursus tua vel tertii prædia, ac denique viam publicam, in quam iter mihi acquiri volo ex meo prædio, recte a te mihi via iterve conceditur usque ad flumen; & rursus a te vel a tertio prædii trans flumen siti domino a flumine usque ad viam publicam datur: qui sensus est *d. legis ult. ff. h. t.* Ant. Faber *in rational. ad d. l. ult.*

10 Pecoris pascendi jus est, quo licitum alicui suum pecus immittere in pratum alterius pascendi causa. Quæ ut realis sit ac prædio debeatur, sequiri videtur, ut talia pascantur animalia, quæ prædii vicini instrumento contineantur, adeoque prædii accessoria sunt; veluti, cum id agitur, ut boves aratores, per quos fundus colitur, vicino in agro pascantur: *l. item sic* 3. *pr. ff. h. t.* alioquin personæ concessa nec emptori nec hæredi debetur: *l. pecoris* 4. *ff. h. t.* Hac vero servitute constituta, non amplius liberum est prædii servientis domino ex pascuis facere novalia; cum generaliter in servitutis constitutæ præjudicium nihil invito prædii dominantis domino innovandum sit: arg. *l. si quid* 5. *l. si manifeste* 7. *C. de servitut. & aqua:* quamvis & suum pecus simul immittere possit pascendi causa, quatenus utriusque animalibus pratum sufficit: arg. *l. certo* 15. §. *si totus* 1. *ff. h. t.* Quod si sine servitutis jure pecus immissum sit, domino fundi expellere illud sine atrocitate, at non includere, permissum est; ut latius ad *tit. de pauperie*.

11 Sunt præterea servitutes pecoris ad aquam appulsus, dummodo pecora colligata pellantur ad aquam per fundum alterius, ne fructibus noceant: *l.* 1. §. *Trebatius* 18. *ff. de aqua quot. & æstiva:* arg. *l. si cui simplicius* 9. *ff. de servitut.* Christin. *ad Leg. Mechl. tit.* 14. *art.* 50. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 58. cretæ educendæ, lapidis cædendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ in fundo alieno, si modo id ad prædii alicujus dominantis utilitatem fiat, nec ultra calx coquatur aut effodiatur arena, quæ quatenus ad ipsum illud prædium dominans opus est: *l.* 4. 5. §. 1. *l.* 6. *ff. h. t.* Confer *tit. seq.* Est & jus navigandi per alterius lacum perpetuum ad nostra prædia: *l. via constitui* 23. §. *si lacus* 1. *ff. h. t.* cum quo coincidit in his regionibus aquaticis jus navigandi per fossam alterius navigabilem; quo casu fossam communibus illorum, qui ea utuntur, impensis purgari & navigabilem conservari receptum est: arg. *l.* & *si forte* 6. §. 2. *ff. si servit. vindicetur.* Leeuwen *d. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 41. 42. item, ut aquam in alieno quærere & inventam ducere liceat: *l. Labeo* 10. *ff. h. t. l. ult. ff. si servit. vindic.* ut fructus in vicini villa cogantur coactique habeantur: *l. item* 3. §. *idem* 1. *ff. h. t.* ut tugurium habere liceat in fundo vicini; scilicet si quis habeat pascendi servitutem, aut pecoris appellendi, ut, si hiems ingruerit, habeat, quo se recipiat: *l. veluti* 6. §. 1. *in fine ff. h. t.* ut in alieno uvas premere, frumenta vel legumina excutere liceat: *l.*

l. Mela 14. *§. ult. ff. de aliment. vel cibar. legatis*: ut vicino habenti lapicidinas, fundo altari vicino imminentes, jus sit terram, saxa in vicini fundum jacere, posita habere, provolvere, ac inda exportare: *d. l.* 3. *§.* 2. *ff. h. t. l.* 8. *§.* 5. *ff. si servit. vind.* ut aquam in suo superficientem exonerare liceat per fundum alterius: etsi enim naturaliter agri inferiores servire dicantur superioribus in aqua excipienda, quamdiu scilicat inferior dominus nullum adhibuit obstaculum ad arcendam a suo prædio aquam nocentem: *l.* 1. *§. ult. ff. de aqua & aquæ pluv. arcendæ*: non tamen eundum inficias, quin inferioris agri domino liceat secundum libartatam naturalem ea in suo facere, quibus aquam sibi nocituram ac aliunda affluentem avertat. Imo, si prædii superioris dominus opera manu facto id egerit, ut aqua in prædium inferius immittatur, agare poterit inferior, jus alteri non esse id ita facere: *l. sicut* 8. *§. Aristo* 4. *ff. si servit. vind.* Ne ergo exonerationi aquarum impedimenta struantur, aquæ exonerandæ servitutem constitui utila est: *l. qui duo* 29. *ff. h. t.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 35. *n.* 14.

12 Porro non dubium, quin hisce jam enumeratis servitutibus novæ aliæ ex voto contrahentium addi possint, si modo servitutum prædialium aut personalium natura in iis inveniatur. Alioquin enim fieri potest, ut prædii alicujus dominus ad annuam præstationem salicis aut arundinum alteri prædio obligetur, nec tamen ideo illa species ad servitutes reducenda sit. Qua ratione, cum Sejus prædia diversis pagis Mæviæ & Sajæ legasset, & ita cavisset, *præstari volo ex prædiis Potitianis prædiis Lutatianis annua arundinis millia trecena, & salicis mundæ annua librarum singula millia*, responsum fuit, servitutem jure constitutam non videri, nequa in personam nequa in rem. Non in personam, quia non personæ sed prædio præstatio fit; non in ram, quia morte legatarii extinguitur; adeoque magis ut annuum legatum consideratur: *l. Gajus Sejus* 12. *ff. de annuis legatis*. Rursus, cum Lucius Titius promisisset de fundo suo centum millia modiorum frumenti annua præstare prædiis Gaji Saji, & postea Titius vendidisset fundum additis his varbis; *quo jure quaque conditione ea prædia Lucii Titii hodie sunt, ita veneunt itaque habebuntur*, definitum fuit, emptorem Gajo Sejo obligatum non esse; quod utique falsum esset, si Titii prædium venditum val reali vel personali fuisset affectum servitute: *l. ult. §. Lucius Titius* 1. *ff. de contrah. empt.* Plane, si constet, hæc, quæ ax uno præstantur prædio, ad alterius prædii culturam requiri; non inepte prædialem servitutem tum dixeris videri constitutam; veluti, cum id actum, *ut pedamenta ad vineam ex vicini prædio sumantur*: *l. item sic* 3. *§. idem* 1. *ff. h. t. l. veluti* 6. *§.* 1. *ff. h. t.* Et in hisce spectandam esse potissimum testatoris legantis aut contrahentium voluntatem, vida apud D. Noodt *probabil. lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 10. & 14.

TITULUS IV.

Communia Prædiorum tam Urbanorum, quam Rusticorum.

SUMMARIA.

1 *Servitutes prædiales rusticæ & urbanæ iisdem constituuntur modis, pactionibus & stipulationibus; an hodie necesse sit, eas constitui coram lege loci?*
2 *Ultima quoque voluntate, & officio judicis.*
3 *Quid jure veteri, medio, & novo obtinuerit circa usucapionem & præscriptionem servitutum, & de lege Scribonia?*
4 *An ad servitutum acquisitionem per præscriptionem requiratur scientia domini? an & justus titulus verus?*
5 *Non acquiritur servitus præscriptione, si quis longo tempore non sit usus jure suo, puta, altius non ædificaverit, & inde vicinus commodum senserit, licet ad preces vicini id intermisisset; secus si id omisisset ad vicini prohibitionem.*
6 *Quanto tempore servitutes moribus hodiernis acquirantur? & de annali præscriptione ejus, qui quid sine servitute exstruxit, quod servitutem redolet, ex lege municipali.*
7 *An possint esse servitutes servitutum, & an servitutes neque ex bonis neque extra bona sint? ad explicationem* l. 1. ff. de usu & usufr. legato.
8 *Servitutes urbanæ & rusticæ jam constitutæ, una cum prædiis pignori dari possunt, sine prædiis seorsim nullo modo: possunt tamen utræque vicinum prædium habenti creditori de novo constitui in crediti securitatem, duraturæ, donec debitum solutum fuerit.*
9 *Prædiales servitutes omnes individuæ sunt, pro parte acquiri vel amitti nequeunt. An unus sociorum imponere possit prædio communi? Quid juris, si plures socii separatim prædio communi servitutem imposuerint actu inter vivos vel testamento? & quid moribus?*
10 *An unus sociorum prædio communi servitutes acquirat? quid hodie? an hæres acquirat prædio quod alteri sub conditione legatum est, ut prosit legatario?*
11 *An & quatenus superficiarii, vasalli, emphyteutæ eas imponant?*
12 *An prædialem servitutem habentes possint novum opus nunciare?*
13 *Disputatur, an servitutes, & nominatim an servitus aquæductus constitui possit ultra prædii dominantis utilitatem? vel quis alteri ductum aut haustum ex suo ductu concedere?*
14 *An unquam res sua cuiquam servire possit? qua occasione explicatur Africani locus in* l. 33. §. 1. ff. de servit. præd. rust.
15 *Servitutes prædiales solius amœnitatis gratia constitui non posse sine concurrente prædii dominantis utilitate.*

16 *Plures servitutes prædiales per eundem locum pluribus concedi possunt. Concessa servitute, omnia concessa videntur, sine quibus servitus exerceri nequit, quod exemplis in haustu, ductu, itinere, actu, via, eorumque complanatione, impedimentorum remotione, refectione, & aditu refectionis causa, aliisque monstratur.*

17 *Servitutem debens nihil agit, sed tantum patitur. Omnes servitutes debent habere causam perpetuam, non tamen usum continuum. Quid juris de servitute* foraminis pavimenti proluendi causa *tum jure civili tum moribus?*

18 *Si servitutes ad certum tempus, vel precario concedantur, id præter earum naturam est, sed tamen subsistunt. An qui precario concessit servitutem prædialem, illam omni tempore pro arbitrio revocare possit, distinctione explicatur.*

19 *Requiritur in servitutibus prædialibus vicinitas prædii dominantis & servientis; unde vicinitas æstimanda sit, tanquam servituti sufficiens?*

1 Quamvis in nonnullis urbanæ servitutes a rusticis diversæ sint, plurima tamen habent inter se communia. Etenim iisdem prope finiuntur modis: iisdemque constituuntur; puta pactionibus atque stipulationibus, accedente quasi traditione, quæ in usu atque patientia, vel demonstratione loci ad servitutis exercitium, consistit: *§. ult. Instit. de servit. præd.* & nostris moribus solemni ritu coram lege loci facienda est, ut prædium serviens reali afficiatur servitutis jure, ac creditoribus impedimento sit, quo minus illud ut liberum sub hasta divendant, cum invalidæ sint ex vulgata praxi & jure certo immobilium alienationes, non factæ coram lege loci, ubi immobilia sita sunt, alienationis autem appellatione veniant etiam servitutum constitutiones: *l. ult. C. de rebus alienis non alienand.* Groenewegen ad *§. ult. Instit. de servit. prædior.* & ad *Hug. Grotii manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 36. *n.* 1. Quamvis ipsi Hugoni Grotio contra placuerit, edictum Caroli V. de immobilibus non nisi coram lege loci tradendis ad servitutis impositiones haud esse porrigendum, in Respons. JCtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 316. *revera* 216. *pag. mihi* 564.

2 Ultima quoque voluntate prædiales imponi & acquiri servitutes, palam est: *d. §. ult. l. potest* 16. *ff. h. t.* quo casu nec quasi traditione opus est, sola testatoris dispositione sufficiente ad transmittendum in legatarios jus in re: arg. *l. a Titio* 64. *in fine ff. de furtis:* unde & servitutis legatæ vindicatio legatario tribuitur: *l. ult. ff. de servit. legata.* Sed & officio judicis in judiciis divisoriis easdem constitui nihil vetat; sive id agatur, ut prædium hæreditarium, uni adjudicatum hæredi, alteri prædio itidem hæreditario servitutem debeat, sive judicati exsequendi causa duo debitoris prædia distrahantur, quorum unum sine servitute per alterum constituta minus commodum emptori præberet usum: *l. item Labeo* 22. *§. sed etiam* 3. *ff. famil. ercisc. l. communi* 7. *§. Neratius* 1. *l. ut fundus* 18. *ff. communi divid.* Ant. Matthæus *de auctionibus lib.* 1. *cap.* 12. *n. ult.* Legis etiam dispositione jura servitutum induci, *tit.* 2. latius dictum est.

3 Usucapionem quod attinet, antiquissimis quidem temporibus nullam urbanarum aut rusticarum servitutum usucapionem admissam fuisse constat; cum illæ, tanquam incorporales, possideri non potuerint; sine possessione autem usucapio nulla sit: *l. si ædes* 32. *§.* 1. *in fine ff. de servit. præd. urban. l. servitutes* 14. *ff. de servit.* junct. *l. sine possessione* 25. *ff. de usucapion.* Successu tamen temporis eas beneficio prætorio per longi temporis capionem cœpisse acquiri, probabile est. Quin & urbanæ usu populi ac prudentum interpretatione cœptæ usucapi, donec lex Scribonia earum inhibuit usucapionem: *l. sequitur* 4. *§. ult. ff. de usurp. & usucap.* Ex quo tempore, etsi cum ædificiis longo tempore capi potuerint, velut accessoriæ, nuspiam tamen potuerunt per se solæ, teste Ulpiano *l. si aliena* 10. *§. hoc jure* 1. *ff. de usucapion.* An autem lege Scribonia, uti urbanarum, ita quoque rusticarum servitutum usucapio sublata fuerit, non usque expeditum est. Si conjecturis locus in re obscura, magis est, ut de urbanis tantum eam conceptam fuisse existimemus; tum, quia necdum satis demonstratum invenio, rusticis in servitutibus unquam usu invaluisse eam, quæ ex lege 12. tabularum erat immobilium, biennii usucapionem: (Vide Vinnium *select. quæstion. lib.* 1. *cap.* 51. *in pr.*) tum quia lex Scribonia de iis egit servitutibus, quarum libertas usucapi poterat: *d. l.* 4. *§. ult.* quod in urbanis quidem, interveniente facto contrario contingebat; in rusticis non item: *l. hæc autem* 6. *ff. de servit. præd. urban.* junct. *d. l.* 4. *§. si viam* 27. *ff. de usucap.* tum denique quia Paulus in *d. l.* 4. *§. ult.* de lege Scribonia agens, non nisi urbanæ servitutis exemplum subjungit; & Ulpianus de eadem usucapione impedita disserens, *hoc*, inquit, *jure utimur, ut servitutes per se nunquam longo tempore capi possint, cum ædificiis possint:* ita ædificiorum injecta mentione non alias designans servitutes, quam quæ ædificiis seu prædiis urbanis inhærent: *d. l.* 10. *§.* 1. *ff. de usucapion.* Confer Rævardum *libello singulari de lege Scribonia.* Quicquid ejus rei fuerit, illud utique extra dubium est, Pandectarum jure longi temporis præscriptione rusticas potuisse servitutes acquiri. Ita dá aquæductu, et de itinere actuque privato testatur Ulpianus *l. si quis diuturno* 10. *ff. si servitus vind. l. apparet* 5. *§. si quis* 3. *ff. de itinere actuque privato: l.* 1. *§. ult. ff. de aqua & aquæ pluv. arcendæ:* ac ante eum Scævola *l. ult. ff. de aqua & aquæ pluv.* & Antoninus Caracalla *l. si aquam* 2. *C. de servitut. & aqua.* Novissimo denique jure longi temporis præscriptionem decem aut viginti annorum in omnibus tum personalibus tum realibus servitutibus obtinuisse, docet Justiniani constitutio: *l. ult. in fine C. de præscript. longi temporis* 10. *vel* 20. *ann.*

4 Neque ad hanc servitutum præscriptionem scientia domini prædii servientis desideratur: *l. ult. circa fin. C. de præscript. longi temp. decem vel vig. ann.* sive quis ex concessione ejus, qui non domi-

minus sed tantum possessor est, servitutem per fundum vicini exerceat; sive per prædium a vero domino possessum servitute quasi concessa, quæ tamen nunquam concessa fuerat, palam utatur, domino ignorante; cum *d. l. ult.* non distinguat, & utrobique eadem militet a difficultatis inextricabilis occasione petita ratio in *d. l. fin.* allegata. Licet haud sit eundum inficias, quin de facto scientia domini concurrere possit, ac posteriore in casu frequenter concurrat: quo modo & eandem intervenisse commemoratur in *d. l. si aquam 2. C. de servitut. & aqua*. Quibus contraria non est *l. si a te 16. ff. si servit. vind.* quippe quæ non agit de servitute per longum tempus acquirenda, sed de ea, quæ per verum prædii servientis dominum vendita, emptori acquiri non poterat sine quasi traditione, quæ quasi traditio in usu domini prædii dominantis & scientia ac patientia domini prædii servientis consistens, protinus sine ullo temporis interventu emptorem efficit dominum servitutis: Diss. Bronchorst *enant. cent. 2. assert. 7.* Rævardus *ad legem Scriboniam n. ult. in fine*. Vinnius *select. quæst. lib. 1. cap. 31.* Sed nec justum titulum concurrere debere, verius est; si modo bona fides præscribentis adsit; cum ei, qui diuturno usu & longa quasi possessione jus aquæ ducendæ nactus est, necesse non sit docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo; sed sufficiat, ut ostendat, per annos tot usum se non vi non clam non precario possedisse: vetustate scilicet temporis auctoritatem dante, tametsi jus non probaretur: *l. si quis diuturno 10. ff. si servit. vind. l. ult. ff. de aqua & aquæ pluv. arcendæ*. Quamvis enim & hic justus titulus verus intercedere queat, dum forte is, qui fundi tantum possessor est, servitutem prædialem vicino concessit: tamen nihil impedit, quominus etiam sine concessione tali vicinus servitutem, quasi constitutam, non vi, non clam, non precario exercens per prædium vicinum a non domino possessum, longi temporis præscriptione eandem acquirat; legibus superioribus generaliter quasi possessione, non vi, clam vel precario obtenta, contentis. Nec recte quis ea, quæ de justi tituli necessitate in immobilium usucapione traduntur, in *l. nullo 24. C. de rei vindicat. l. ult. C. de usucap. pro hærede*, ad servitutum præscriptionem transtulerit, ductus arg. *l. si aquam 2. C. de servitut. & aqua*. Quod enim illic rescriptum est, *servitutem exemplo rerum immobilium tempore fuisse quæsitam*, non aliam, quam temporis intuitu, similitudinem inducit, nec ad titulum, sed ad tempus referendum est, æque scilicet servitutes, ac res ipsas immobiles, longi temporis præscriptione acquiri. Idemque de comparatione, quæ est in *l. ult. in fin. C. de longi temp. præscript.* judicium esto: Fachineus *controvers. lib. 13. cap. 83.* Aliter Rævardus *d. tract. de lege Scribonia n. 7.* Vinnius *d. lib. 1. cap. 31.* & plures ibidem allegati.

5 Interim prætermittendum haud videtur, non eo solo induci servitutis præscriptionem; quod forte vicinorum unus jure suo in re sua longo tempore usus non est, ac inde commodum alter vicinus percepit. Quid enim, si arbores in suo non plantaverit, viridaria non fecerit, altius in suo non ædificaverit, atque ita contigerit, ut vicini lumina diutissime remanserint non obscurata, liberiorve prospectus haud impeditus? perperam sane vicinus inde sibi altius non tollendi, prospectui luminibusve non officiendi, servitutem asseruerit; cum altius exstruere in suo, & similia facere, res mere facultatis sint, quarum intuitu præscriptio probata non est; sed omni tempore libertas salva: *l. altius 8. 9. C. de servitut. & aqua*: sic ut cum eo, qui tollendo obscurat vicini ædes, quibus non serviat, nullam actionem competere, nec novi operis nunciationem fieri, nec actionem ex cautione de damno infecto, quæ forte per vicinum, nunc altius ædificantem, ante fuerat interposita, exerceri posse Ulpianus tradat: *l. Proculus 26. ff. de damno infecto l. cum eo 9. l. inter servitutes 15. in fine ff. de servit. præd. urban.* Neostadius *Cur. supr. decis. 98.* Idemque dicendum, si longo vel longissimo temporis spatio vicinus ad preces vicini cessaverit jure suo uti; cum precaria possessio ad stabilem servitutum acquisitionem justa ac sufficiens non sit: *l. si quis diuturno 10. ff. si servit. vind. l. si ædes meæ 32. ff. de servit. præd. urban.* Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr. 2. cap. 36. n. 6.* Sane, si vicinus altius exstruere aut viridaria ponere tentaverit, operique cœpto vicinus alter, obscurationem aliudve damnum metuens, intercesserit operis novi nunciatione facta, atque inde toto tempore præscriptionibus præfinito cœptum opus intermissum probetur, vix dubium, quin ex concurrente tali hominis facto servitus præscriptione quæsita sit: arg. *l. hæc autem 6. ff. de servitut. præd. urban.* Neostadius *d. Curiæ suprem. decis. 98.* Responsa JCtor. Holland. *part. 1. consil. 199. in fine*.

6 Mores nostros quod attinet, ut rerum immobilium, ita quoque servitutum præscriptiones, non decennio aut vicennio, sed tantum triente seculi adimpleri, vulgo receptum est; sine ulla inter *continuas & discontinuas* distinctione. Grotius *d. lib. 2. cap. 36. n. 4. 5. 6.* Responsa JCtor. Holl. *part. 1. consil. 304.* Lambertus Goris *adversar. tract. 3. part. 1. cap. 9. n. 12.* Groenewegen *ad l. 1. 2. C. de servitut. & aqua*. Ant. Matthæus *parœm. JCtor. parœm. 9. n. 10.* Si quis tamen sine servitutis constitutione quædam in suo vel alieno servitutem redolentia, sciente vicino & operi non intercedente, ædificet; vel, cum eo ignorante opus perfectum esset, is deinde intra annum & diem non contradixerit ac destructionem petierit, variorum locorum statutis & consuetudinibus obtinuit, destructionem invito haud esse imperandam, sed eum, qui exstruxit, ad id quod interest vicino damnandum. Grotius *d. cap. 36. n. 7.* Groenewegen *ad d. l. 1. & 2. C. de servit. & aqua*. Argentræus *ad consuet. Britan. art. 371.* Ant. Matthæus *d. parœm. 9. n. 19.* Adde Christinæum *ad Leg. Mechlin. tit. 14. art. 45.*

7 Illud super servitutibus commune est, quod *servitutum servitutes esse nequeant*, eo quod servitutes *neque ex bonis, neque extra bona* sunt: *l. 1. ff. de usu & usufr. legato*. Cujus legis sententia a variis varie exposita (vide D. Noodt *probabil.*

bil. libr. 2. *cap.* 5. Pinellum *ad l.* 1. *Cod. de bonis maternis part.* 5. *n.* 6. *& seqq.* Donellum *comment. jur. civil. lib.* 5. *cap.* 5. *fere in med.*) mea quidem opinione manifesta erit, si consideremus, eam non de servitutibus itineris actus viæ jam constitutis, sed demum constituendis accipiendam esse; quod & observatum a Galvano *de usufructu cap.* 5. *n.* 5. etsi alioquin de jam constitutis magis apertum sit, earum jam constitutarum usumfructum aliamve servitutem esse non posse, ac ne ex benignitate quidem sustineri: *l. cum essent* 35. §. 1. *in fin. ff. de servit. præd. rustic.* Ait Paulus in d. l. 1. *nec usus nec ususfructus itineris, actus, viæ, aquæductus, legari potest, quia servitus servitutis esse non potest, nec erit utile ex Senatusconsulto, quo cavetur, ut omnium, quæ in bonis sint, ususfructus legari possit, quia id neque ex bonis neque extra bona sit: sed incerti actio erit cum hærede, ut legatario quamdiu vixerit, eundi agendi ducendi facultatem præstet: aut ea servitus constituatur sub hac cautione, ut, si decesserit legatarius, vel capite diminutus ex magna causa fuerit, restituatur.* Quæ si de jam constitutis itineris actus viæ servitutibus, ac legato earundam usufructu intelliges; explicandum fuerit, qua ratione ususfructus earum utilitatem adferre queat legatario, prædii dominantis neque dominium habenti neque possessionem. Nam ut ad prædium suum proprium fructuarius harum servitutum iret, ageret, duceret, per prædium serviens, a servitutum ratione prorsus alienum est; nec prædii servientis dominus, qui non binis prædiis, sed uni tantum servitutem concessit, pati teneretur, eam, quam indulsit, arbitrio ac voluntate domini prædii dominantis extendi ultra dominantis prædii utilitatem: *l. ergo* 5. §. 1. *l.* 6. *l. ex meo aquæductu* 24. *ff. de servit. præd. rustic.* maxime, ubi perpenderis, in materia servitutum id generaliter observatum fuisse, meliorem quidem vicini, servitutem patientis, conditionem fieri posse, deteriorem non posse: *l. servitutes* 20. §. *stillicidium* 5. *ff. de servit. præd. urban.* Contra vero; si de constituendis demum servitutibus Paulum interpretamur, satis apertus sensus erit, summo jure dominum suo prædio imponere per legatum non posse itineris actus viæ aquæductus servitutem, quæ ususfructus haberet naturam, & morte legatarii extingueretur; eo quod servitutes ipso jure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem constitui possunt: *l. servitutes* 4. *ff. de servitutibus:* id autem fieret, si itineris & servitutum similium ususfructus legaretur. Quia tamen temporaria talis servitutum prædialium constitutio, summo jure reprobata, ex benignitate sustentata fuit, sic ut temporis aut conditionis adjectio doli exceptionem prædii servientis domino pariat adversus prædii dominantis dominum, ultra tempus ac contra placita servitutes vindicantem, idque secundum magis probatam a Papiniano Cassii ac Sabini opinionem, *d. l.* 4. *ff. de servit.* hinc etiam in d. l. 1. Paulus subjunxit, defendi oportere legatario, servitutis exercitium; adeoque *incerti actionem esse cum hærede, ut legatario, quamdiu vixerit, eundi agendi ducendi facultatem præstet; aut ea servitus constituatur sub hac cautione, ut, si decesserit legatarius vel capite diminutus ex magna causa fuerit, restituatur.* Quæ verba posteriora etiam satis abundeque evincunt, non de constituta, sed demum ex testatoris elogio per hæredem *constituenda* vel *præstanda* itineris actus aquæductus servitute totam d. legis primæ disputationem constare. Ac proinde, ut verbo dicam, tota principalis decisio, quæ est in d. l. 1. coincidit prorsus, cum decisione d. l. 4. ff. de servitutibus, utcunque verbis plane discrepantibus proposita, dum utrobique re ipsa definitur, servitutes prædiales summo jure non posse ad tempus constitui; de facto tamen constitutas ex benignitate usque ad tempus adjectum, non ultra, defendi. De cætero argumentum ex senatusconsulto, *quo cavebatur, ut omnium, quæ in bonis sint, ususfructus legari possit*, duci non potuisse pro eo, quod summo jure legatus itineris actusve ususfructus valeret, Paulus in med. d. legis primæ ea docet ratione, quia nempe servitutes tales *neque ex bonis neque extra bona sunt*. Etenim, cum necdum constitutæ essent, adeoque necdum natæ, necdum uspiam apparentes, necdum ullius prædii qualitates, etiam *in bonis* seu *ex bonis*, seu inter bona domini prædii dominantis aut servientis numerari nullo modo poterant, sed magis ut merum *non ens* veniebant considerandæ. Quæ tamen eædem, quia rerum aliarum futurarum exemplo sperari poterant, & ex domini voluntate produci ac nasci, merito dicebantur *extra bona non esse;* quippe quod de iis non recte asserueris, quæ & vendi & legari & donari possunt, &, (ut verbo dicam) ea ratione commerciis hominum non prorsus exempta intelliguntur. Atque hunc verum d. legis intellectum puto, maxime, cum animadverto, in aliis quoque juris nostri partibus difficultates circa Jurisconsultorum responsa subinde non aliter superari posse, quam si de servitutibus non constitutis sed constituendis ea interpretemur: uti id de habitatione jam a me demonstratum *tit. de usu & habit.* ac in quæstione, utrum servitutes prædiales pignori dari possint hic subnectenda, similiter patescet.

8 Neque enim unquam dubitandum censui, quin servitutum urbanarum ac rusticarum illud quoque commune fuerit, quod, licet utræque quidem jam constitutæ una cum prædiis, ut vendi & legari, ita quoque pignori dari potuerint, neutræ tamen seorsim sine prædiis ullam receperint pignorationem. Et quamvis Marcianus urbanarum tantum servitutum meminerit, dum ait, *jura prædiorum urbanorum pignori dari non possunt; igitur nec convenire possunt, ut hypothecæ sint*, *l. si is, qui bona* 11. §. *ult. ff. de pignor. & hypoth.* rusticarum tamen cum eadem sit ratio, idem in iis quoque jus statuendum est. Quod enim vinculum pignoris haud admittant, id inde est, quia tantum nudæ prædiorum qualitates sunt, & nullum sine prædiis, quibus hærent, intellectum habent: *l. quid aliud* 86. *ff. de verbor. signif.* junct. *l. qui fundum* 12. *ff. quemadm. servit. amitt.* §. *ideo* 3. *Instit. de servitut. prædior.* nulli insuper alteri, quam prædium dominans habenti, utiles esse possunt: *d. l.* 5. §. 1. *l. ex meo aquæductu* 24. *ff. de servit. præd. rustic.*

non

non denique seorsim sine prædiis vendi. Ut proinde frustra foret creditor, si quandam ex earum pignore vel hypotheca speraret debiti securitatem, distractione impedita. Quibus non adversatur, quod servitutes jam constitutæ possint alteri precario concedi: *l. quæsitum est* 8. §. *si servitute* 5. *ff. de precario*: nec ulla diversitatis ratio intercedat, quominus eodem etiam modo pignus admittant. Etenim, etsi non possit iri inficias, quin in d. l. 8. §. 5. de servitute jam constituta agatur, dum ea narratur ibidem amissa; quod in ea, quæ demum constituenda foret, locum non invenit; tamen & illud vicissim concedendum est, non illic solam ac separatam servitutem prædialem sine prædio, sed una cum prædio dominante, tanquam accessoriam fuisse precario habitam; qualiter etiam pignori eam obligari posse supra monitum. Precario scilicet prædium quis rogaverat, & non utendo amiserat debitam isti prædio servitutem; ait Ulpianus, eum interdicto de precario teneri, si dolo fecerit. Vinnius *select. quæst. libr.* 1. *cap.* 32. Adde Ant. Fabrum *conject. lib.* 19. *cap.* 6. Sed hæc omnia non impediunt, quo minus utræque, tum urbanæ, tum rusticæ; necdum natæ aut constitutæ, creditori prædium vicinum habenti (non alteri) de novo concedantur, ac constituantur, *ut, quamdiu pecunia soluta non sit, iis servitutibus creditor utatur, & si intra certum diem pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat*, puta simul cum ipso prædio dominante: *l. sed an viæ* 12. *ff. de pignor. & hypoth.* Quæ tamen ita procedunt non summo jure, sed prætoria tuitione; cum ipso jure servitutes neque ex tempore neque ad tempus constitui potuerint: *l. servitutes* 4. *ff. de servitutibus*: unde & in d. l. 12. *in fine* Paulus adnotavit, hanc sententiam propter utilitatem contrahentium fuisse admittendam: eodem nempe modo, quo servitutes precario constitui potuisse obtinuit, arbitrio concedentis revocandas: *l. veluti* 3. *l. & habet* 15. §. *precario* 2. *ff. de precario*. Nec est, quod quis cum Ant. Fabro *conject. libr.* 19. *cap.* 7. & Vinnio *d. loco*, existimet, in rusticis solis servitutibus hæc vera esse, in urbanis non item, quia in d. l. 12. tantum rusticarum exempla Paulus recenset; & quædam inter urbanas ac rusticas dari posse videtur ratio diversitatis. Contra enim, si certiora scrutemur principia, parem utrobique causam deprehendemus; cum neque minor in urbanis quam rusticis utilitas, adeoque etiam securitas sit, quoties creditori prædium vicinum habenti constituuntur, per eundem exercendæ donec debitum exsolutum sit, ac ob moram debitoris una cum prædio dominante distrahendæ; neque magis rusticæ quam urbanæ separationem a prædio, cui constitutæ, recipiant, aut concessionem tertio faciendam ultra prædii dominantis utilitatem; nulla denique ratio reddi possit, cur minus utræque in securitatem crediti ad tempus constitui possent, quam precario concedi; nam in utrisque precarium admitti, extra dubium est: *l. veluti* 3. *l. & habet* 15. §. *precario* 2. *ff. de precario*. Et quamvis Ant. Faber *conject. libr.* 19. *cap.* 7. *n.* 3. contendat, perevidentem esse differentiam inter pignus & precarium, quod precario etiam concedi possint res, quæ venditionem non recipiunt, pignori obligari non aliæ, quam quæ distractionem patiuntur; illa tamen hoc casu nullam mutationem affert, cum urbanæ æque ac rusticæ servitutes una cum prædiis, quibus constitutæ, venditionem recipiant, sine prædiis neutræ; adeoque quantum ad servitutes attinet, inter precarium & pignus necdum ulla diversitas in hoc tertio est. Frustra quoque differentiæ rationem inter urbanas rusticasque servitutes Vinnius *d. loco* in eo quærit, quod unum idemque prædium rusticum earndem servitutem per eundem locum pluribus prædiis præstare potest; at unum idemque prædium urbanum uni tantum, & ei, cui servitus ab initio constituta est. Primo namque differentia illa si vera esset, nihil tamen ad præsentem conferret quæstionem; eo quod secundum ante dicta servitutes tam urbanæ quam rusticæ, velut jure pignoris constitutæ, non seorsim sine prædio dominante, sed tantum cum eo venduntur, debitore moram in solvendo committente; ut proinde parum referat, pluribus per locum eundem servitus eadem deberi possit, nec ne. Deinde perpetuam non esse eam inter urbanas ac rusticas diversitatem, in servitute altius non tollendi, luminibus aut prospectui non officiendi, aliisque similibus apparet; ut enim pluribus per eundem locum iter actum viam constitui posse, Paulus docet *l. qui per certum* 15. *ff. h. t.* ita quoque in urbanis id fieri posse, idem Paulus ibidem observat; convenientiam potius in eo tertio quam differentiam ponens: atque insuper id constat ex *l. si ædes* 32. *ff. de servit. præd. urban.* junct. *l.* 4. §. *ult. l.* 5. *l.* 6. *ff. si servit. vind.* Confer Galvanum in pluribus hic consentientem *de usufructu cap.* 39. *n.* 10. 11. 12. Castillo de Sotomay. *de usufructu cap.* 70. *n.* 32. *& seqq.* Perezium *ad tit. C. quæ res pign. oblig. n.* 10.

9 Individuis præterea rebus prædiales omnes servitutes adnumerandæ sunt, sic ut pro parte acquiri, constitui, aut adimi non possint. Unde nec sociorum unus, altero invito, servitutem recte imponit prædio pro indiviso communi: *l. unus* 2. *ff. de servitutibus*: *l. unus ex sociis* 34. *ff. de servit. præd. rustic.* Quod si plures socii separatim eidem fundo servitutem diversis imponant temporibus, si quidem actu inter vivos id fiat, valida erit, ex quo novissimus pro sua parte eandem cesserit, cessionibus superioribus interim in suspenso hærentibus, donec novissima fuerint cessione firmatæ, usque adeo, ut, si unus eorum, qui prius cesserunt, aut mortuus fuerit, aut partem alienaverit, ante cessionem a novissimo factam, repetita hæredis aut successoris particularis cessio desideretur: *l. per fundum* 11. *ff. de servit. præd. rustic. l. ult. ff. h. t.* Idemque est, si alter cedat, alter leget servitutem: *d. l. ult.* Si vero diversis sociorum duorum testamentis legata sit, non aliter subsistet, quam si simul utriusque socii hæreditas adeatur: non enim, sicut viventium, ita defunctorum actus suspendi, receptum est: *d. l. ult. in fine ff. h. t.* Cui tamen nimiæ Romani juris subtilitati hodie non videtur locus relinquendus, sed magis pro servitutis firmitate pronunciandum, etsi diversis temporibus aditæ fuerint sociorum hæreditates, vel ante novissimam cessionem priorum cedentium

tium jus morte vel alienatione in alio translatum: præsertim, cum aliis quoque juris civilis partibus permissum inveniatur, defunctorum actus ad tempus suspendi: *l. ususfructus* 26. *ff. de stipulat. servor.* Costalius & Groenewegen ad *d. l. ult. ff. h. t.*

10 Vice versa, nec sociorum unus prædio communi servitutem acquirit ita, ut sibi & socio, sed tantum ut sibi prosit: *l. si unus* 19. *ff. de serv. præd. rust. l. proprium* 5. *ff. h. t.* nec fructuarius, prædio fructuario: *l. sed, si quid* 15. §. *ult. ff. de usufr. & quemad. quis utat.* Sed, cum hodierno jure non pro se tantum quisque, sed & pro alio valide stipuletur, consequens est, & socium communi, & extraneum alieno posse prædio servitutem adipisci, teste Groenewegio ad *d. l.* 19. Plane etiam hæredem rei sub conditione legatæ servitutem sic acquirere potuisse placuit, ut, existente legati conditione, una cum re legata ipsa quoque servitus acquisita legatarium sequatur, etsi jam tum ipso servitutis acquisitæ momento dominium spararetur ab hærede recessurum: *l. is, cui via* 11. §. 1. *ff. quemad. serv. amitt.*

11 Superficiarios, emphyteutas, vasallos, quod attinet, servitutem imponere hactenus possunt, ut sibi, non ut domino directo noceant, & durante quidem utili dominii jure servitutes ita impositas prætor tueatur, res autem libera ad dominum redeat, ubi legitimus extitesit emphyteuseos aut feudi extinguendi modus: *l. 1. §. ult. ff. de superficiebus: libr. 2. feud. tit.* 8. *vers. rei.* Nec obstat, quod superficiarii fructuarii dicuntur, & superficies servitus est: *l. 1. §. quia autem* 6. *ff. de superficieb. l. si tibi homo* 86. §. *ult. ff. de legatis* 1. servitutis vero servitus esse nequit: *l. 1. ff. de usu & usufr. legato:* latiori enim sensu tunc servitutis appellatio omne complectitur incommodum & qualequale rei onus.

12 Commune etiam utrique servitutum generi est, quod, qui eas habet, sibi constitutas, novum opus nunciare possit, si modo novum illud opus servituti directo contrarium sit; veluti, si altius tollat, aut luminibus officiat, qui vicino concesserat altius non tollendi aut luminibus non officiendi jus: *l. inter servitutes* 15. *in fine ff. de servit. præd. urb. l. de pupillo* 5. §. & *belle* 9. *ff. de operis novi nunciat. l. unic.* §. *jus habet* 3. *ff. de remission.* sic ut electio ei competat, utrum servitutem vindicare, an novi operis nunciatione jus suum tueri malit, arg. *d. ll. junct. l. si eo loco* 9. *ff. si servit. vind.* Quod si non in universum opere novo impeditum reddatur servitutis exercitium, cessante operis novi nunciatione, sola servitutis vindicatio domino prædii dominantis patet. Qua ratione eum, qui viam habet, si opus novum nunciaverit adversus eum, qui in via ædificat, nihil agere, sed servitutem vindicare non prohiberi, Julianus auctor est: *l. qui viam* 14. *ff. de operis novi nunciat.* scilicet, quia per inædificationem, in spatio viæ assignato cœptam, non in totum eundi agendi potestas præclusa est, dum omnes fundi totius glebæ servire incipiunt, ex quo dominus usum loci adimit, per quem via primitus determinata fuerat: arg. *l. certo* 13. §. *si totus* 1. *ff. de servit. præd. rustic.* & per servientis prædii dominum alia fundi parte assignari potest via, quam quæ ab initio fuerat servituti destinata, ut dictum *tit. præced.* 3. *n.* 8. *in fine.* Confer *Responsa Jurisc. Holl. part.* 1. *consil.* 205.

13 Adhæc illud obtinet, quod servitutes constitui nequeunt ultra prædii dominantis utilitatem; adeoque calcis coquendæ, cretæ vel arenæ fodiendæ, lapidis eximendi, similiumque servitute concessa, non ultra effodere, eruere, cædere licebit, quam quatenus ad ædificandum in fundo dominante aut ad alium fundi ipsius usum opus est: *l. ergo* 5. §. 1. *l.* 6. *pr.* & §. 1. *ff. de servit. præd. rustic.* Et aquæ ductum habens, unde rursus aquam alteri nequit prædio concedere, nisi id nominatim pacto præter ordinariam servitutum naturam actum sit: *l. cum essent* 33. §. 1. *ff. de servit. præd. rustic. l. Labeo* 2. *ff. de rivis:* nec ad alium fundum proprium postea forte acquisitum ducere: imo, ne ad aliam quidem ejusdem fundi partem, quam ad quam servitus ab initio acquisita fuit: *l. ex meo aquæductu* 24. *ff. de servit. præd. rustic.* quod & ab Impp. significari puto in *l.* 12. *C. de servit. & aqua,* dum illic *non modus prædiorum, sed servitus aquæ ducendæ terminum facere* dicitur; perinde enim id accipiendum, ac si rescriptum fuisset, non pro magnitudine fundi qua late patet, & ad omnes ejus partes semper aquam duci posse, sed videndum esse, quo usque & ad quas fundi partes aquæ ducendæ servitus constituta sit, ac inde, non vero ex ipsis agri finibus, determinari oportere, quis aquæductus concessi terminus & finis sit. His interim gravissime Labeo adversatur in *l.* 1. §. *illud Labeo* 16. *ff. de aqua quot. & æstiva:* ubi interdictum de aqua quot. & æstiva tribuit ei, qui aquæductum habens ad suum fundum, postea etiam fundi empti nomine eandem aquam ducere vult, nisi ei nocitum sit, ex quo aquam ducit. Sunt quibus placet, regulam quidem fuisse, ne ultra prædii dominantis utilitatem servitus operetur, sed consuetudine deinceps ab ea regula fuisse recessum, & licuisse prædii dominantis domino aquam alteri concedere, si non noceretur prædio servienti; regulam esse in *d. l.* 24. & similibus; de consuetudine qua recessum ab ea regula, accipi debere quæ in *d. l.* 1. §. 16. traduntur. Sed quominus huic conciliationi, prima fronte non improbabili, calculum adjiciam, facit, quod a *Pomponio* scriptum invenio, *Labeonis* fuisse sententiam, *posse me cuilibet vicino ex aquæductu meo commodare;* eam vero a *Proculo* (alioquin Labeonis successore & sectæ illius promotore præcipuo) fuisse reprobatam, *d. l.* 24. Sane enim, si Labeonem de usu ac consuetudine, jam tum contra regulam recepta, accipias; largiendum fuerit, usum istum a Proculo successore Labeonis, non potuisse probabiliter, nec debuisse ignorari, longeque minus adeo directo refelli Labeonis opinionem: perperam quoque tunc Pomponium ipsum, rejecta simpliciter Labeonis sententia sic usu stabilita, laudasse eam, quæ Proculi erat, ut *veriorem, d. l.* 24. imprudenter denique imo contra veritatem tum Pomponium in *l.* 2. *ff. de rivis,* tum præcipue Africanum in *d. l.* 33. §. 1. *ff. de servit. præd. rust.* tradidisse, *nisi pactum aut stipulatio de hoc subsecuta sit,* in ser-

servitute æquæductus constituenda, dominum prædii servientis per plurium prædia aquam ducentem, *non posse cuivis eorum, neque alii vicino haustum ex rivo cedere*, si id tunc sine ulla pactione, vi consuetudinis inductæ, licuisset, ac prætor æque ex usu, atque ex speciali pacto primæ servitutis concessioni apposito, solitus fuisset concessam alteri ex servitute jam constituta utilitatem tueri. Quibus omnibus illud accedit, quod nullam putem in jure nostro facti speciem exstare, in qua quis ea, quæ jure servitutis ex alieno beneficio seu concessione habet, alteri rursus tribueret, & ita alteri prodesset, citra expressam conventionem. Imo ne sibi quidem quemquam regulariter prodesse posse faciendo aliquid in alieno, quod alteri non noceret & facienti prodesset, abunde evincit exceptio & casus singularis a Paulo propositus in *l. in summa* 2. *§. item Varus* 5. *ff. de aqua & aquæ pluv. arcendæ*. Neque aliud ex *l.* 1. *§. ult. & l.* 5. *ff. de rivis*, probari potest, quam quod jurisconsulti alii paulo plenius, alii restrictius domino prædii dominantis jus tribuerint faciendi ea, quæ ad tuendam & promovendam constitutæ servitutis utilitatem videbantur spectare. Quæ cum ita sint, inter jus & factum distinctione adhibita potius legum superiorum conciliationem tentari posse existimaverim: scilicet, nullo quidem jure potuisse dominum prædii dominantis sine speciali conventione alteri vicino aquam concedere, aut aquam ad prædium, postea a se comparatum, ducere ex aqua, ad prædium dominans jure servitutis ducta, secundum veriorem Proculi sententiam; deque jure illo agere *d. l.* 24. & 33. *§.* 1. *ff. de servit. præd. rust.* De facto tamen id aliquando, convenienter opinioni Labeonis, contigisse, ut aquæductum habens ad suum fundum, ductum inde rursus haustumve vicino largiretur, aut ipse ad aliam duceret prædii partem, vel fundum alium recenter emptum: tali autem ex facto nullum quidem acquisitum fuisse servitutis jus, nec confessoriam, quasi pro juris tuitione, cum effectu potuisse dari; sed interdictum, ne vis fiat aquam ducenti, nihilominus fuisse a prætore accommodatum ei, qui sic aquam de facto duxerat, etsi nullo jure; in quantum ad id, ut quis interdicto tali vincat, sufficiens est, vel uno die vel nocte una aquam, de qua agitur, non vi non clam non precario ab adversario ductam esse, licet servitus constituta non sit: *l.* 1. *pr.* junct. *§. quod autem* 4. & *§. sed etsi* 10. *ff. de aqua quot. & æstiva*: *l. ult. ff. de rivis*. Et ad hoc factum, non ad ipsum ducendi jus, recte dixeris Ulpianum in *d. l.* 1. *§.* 16. *ff. de aqua quot.* respexisse, dum Labeonis sententiam, in quæstione de ipso servitutis jure satis aperte alibi reprobatam, probat tamen in quæstione interdicti de aqua ducenda, quod non de jure, sed de facto disponebat, hactenus saltem, ut temporariam tribuerit ducendi facultatem ultra prædii dominantis utilitatem, donec de quæsito vel non quæsito ipso servitutis jure constaret. De facto certe, non de jure, in interdictis quæri, ipse Ulpianus testis est *l. de servitutibus* 2. *§. ult. ff. si servitus vindic.* & interdicta sæpe illis, qui jure carent, accommodata fuisse, evidenter docetur *d. l.* 1. *§.* 10. *ff. de aqua quot. & æstiva*: *l. sunt personæ* 43. *ff. de religiosis*: *l.* 1. *§. hoc interdictum* 9. junct. *l.* 3. *§. si quis rivum* 8. *l. ult. ff. de rivis*: adeoque ab interdicto dato argumentum pro legitima juris aut servitutis constitutione perperam peti, ac male concludi, eum, qui interdictum habet, jus quoque habere, in aperto est.

14 Illud difficilioris hujus disputationis occasione restat, ut, quæ Africani mens fuerit, paullo pressius examinemus, quando superiorem proponens exceptionem in *d. l.* 33. *§.* 1. *ff. de servit. præd. rust.* ait; *pacto enim vel stipulatione intervenientibus & hoc concedi solet* (ut nempe prædii dominantis dominus per plurium prædia aquam ducens, possit eorum cuivis, aut alii vicino, haustum ex rivo cedere) *quamvis nullum prædium ipsum sibi servire, neque servitutis fructus constitui possit*. Sunt enim, qui Africanum id velle opinantur, regulam quidem esse, quod res sua nemini serviat: *l. uti frui* 5. *ff. si ususfr. pet.* ab illa tamen regula recessum quandoque fuisse, ac rem suam domino potuisse servire, cum ei, per cujus fundum aquam duco, permitto aquam haurire ex rivo illo, aut pecus suum ad rivum istum appellere aquatum. Rursus, regulam quidem dictare, servitutis usumfructum esse non posse: *l.* 1. *ff. de usu & usufr. legato*: verum tamen & hanc usu non ita rigide fuisse servatam; sed ex benignitate fructum servitutis constitui, dum is, qui aquæductum habet, ex suo fundo alteri vicino aquæ istius jam ductæ haustum largitur, quoties illa potestas in prima servitutis constitutione domino prædii dominantis indulta fuit. Verum, ut, quod res est, dicam, non facile persuasum habeo, Romanos ab illa regula tam naturali, qua res sua nemini servit, voluisse ullatenus aut potuisse resilire, cum semper in aliena re jure servitutis, in re propria jure dominii cuncta agi intelligerent: *d. l.* 5. *ff. si ususfr. pet.* & omnia, quæ per prædii servientis dominos fiunt, ad illud potuerint reducere principium, quo cuilibet in suo facere, quod libet, licet, ex dominii jure, nisi lex aut jus alteri constitutum impedimento sit. Ac proinde magis est, ut Africanum regulæ utriusque superioris meminisse credam, quo significaret, tali conventioni (qua domino prædii dominantis liceret alteri haustum ex aqua, quam ipse ducebat, concedere) neutram regulam adversari, neque ea ratione contingere, ut vel res sua domino serviret, vel servitutis usufructus esset. Quod ut manifestius appareat, considerandum, rivum, per quem aqua jure servitutis ducitur, ejus esse, cujus est fundus, in quo rivus est; (cum non aliud rivus sit, quam locus per longitudinem depressus, per quem aqua defluit: *l.* 1. *§. ait ergo* 2. *ff. de rivis*: junct. *l. si servus servum* 27. *§. si quis aquæduct.* 32. *ff. ad leg. Aquil.*) sed & aquam ejus esse, in cujus est fundo, sive eo naturaliter sive opere manu facto perveniat; sic ut aquam in suum delatam servare sibi quisque in suo possit, etiam opere manu facto, ac impedire, ne profluat ulterius, nisi servitus ad id constituta esset: *l. si ibi* 10. *C. de servitut. & aqua*: sive aquam pluviam in suo retineat: *l.* 1. *§. idem ajunt* 11. *ff. de aqua & aquæ pluv. arcendæ*: si-

ve

ve puteum in suo fodiendo venas præscindat aqueas, quibus ad vicini puteum aqua defertur; *l. fluminum* 24. §. *ult. ff. de damno infecto:* arg. *l. quotiens* 15. *ff. de servitut.* sive denique primitus ipse servitutis jure aquam in suum derivasse proponatur: quin enim eam quoque semel acquisitam, deinceps dominii jure retinere possit, dubium non est; eodem modo, quo & cretam, & arenam, & lapides, & pe[illegible]enta vineis fulciendis, & alia similia jure servitutis eruta, effossa, excisa, atque ita quæsita, quisque deinceps sibi habet sibique tenet dominii jure: *l. ergo* 5. §. 1. *l.* 6. *ff. de servit. præd. rustic.* Quibus positis, si servitutem aquæductus habens per plurium prædia, uni ex fundorum servientium dominis vi pacti superius memorati permiserit aquam haurire aut pecus appellere ad aquam, jure servitutis per suum prædium versus prædium dominans perfluentem; neque servitutis servitutem constituit, neque domino res sua servit: cum enim ille, in cujus agro est rivus ac defluens per eundem aqua, jure dominii aquam, non jam alienam, sed suam, suo in fundo existentem, ducat, non impeditus hactenus jure suo uti sua in re: *l.* 2. *ff. de rivis:* quasi reservata aut restituta sibi sui prædii libertate ad id, ut vel in præjudicium ejus, cui aquæductus acquisitus est, aquam hauriendo minuere possit, & aquæductum extenuare; quis obsecro crediderit, eum, hæc jure dominii libertatisque naturalis agentem, servire sibi, aut servitutis servitutem exercere? Contra, si jam aquam jure servitutis ductam, ad prædium dominans pervenisse concipias; atque ita ejus factam esse, cujus est ipsum prædium dominans; dominum prædii dominantis vicino deinde concedentem haustum ductumve ex ea aqua, ne sic quidem servitutis servitutem constituisse, dicendum est, sed potius præter ordinariam servitutum prædialium naturam id effecisse, ut occasione servitutis constitutæ utilitas alteri quoque quæratur. Concedit nempe vicino aquam, (haustu vel aliter percipiendam) non jam amplius alienam, sed suam, suum quippe ad fundum jam delatam; non ex aquæductu aquæductum, sed ex sua aqua propria proprioque fundo haustum, pecorisve ad aquam appulsum. Servitutem sane servitutis constitui nullus recte asseruerit, si fructuarius perceptos jure servitutis fructus, atque ita pleníssimo dominii jure suos effectos, vendat alteri, vel donet, aut leget, aut (quod præcipuum est) tanquam res fungibiles in quasi usumfructum rursus concedat. Quod vero fructuario licet ex jure communi, fructus scilicet & commoda quæsita in alium transferre; id ipsum si is, qui aquæductum habet, ex speciali pacto servitutis constitutioni apposito faciat, puta, ex aqua jam sua suoque fundo haustum vicino permittendo, nihilo magis servitutem servitutis constituere existimandus est: sed potius jure dominii novam suo prædio proprio servitutem imposuisse: sic ut prædium illud primæ quidem servitutis seu aquæductus intuitu dominans sit; serviens vero ratione haustus, aut appulsus pecorum, vicino tributi.

15 Cæterum, uti ultra prædii dominantis utilitatem servitus regulariter non constituitur, ita ex adverso nec talis recte conceditur, quæ neque de præsenti neque de futuro ullam prædio dominanti adferret utilitatem: *l. quotiens* 15. *ff. de servitutibus*. Cui consequens est, solius amœnitatis gratia reales non posse servitutes indulgeri; præsertim, cum constet, amœnitatem non ad res, sed personas, referri: arg. *l. competit.* 16. §. 1. *ff. quod vi aut clam.* Unde & Paulus JCtus, cum in servitute *ut pomum decerpere*, vel *ut spatiari*, vel *ut cœnare in alieno liceat*, nullam inveniret utilitatem, quæ tribui prædio posset, sed solam personæ voluptatem, merito in *l.* 8. *ff. de servitutibus*, talem servitutem imponi posse negavit; de reali non personali intelligendus, juxta tituli ipsius inscriptionem, in quantum prædiales per excellentiam *servitutes* simpliciter appellari, ante in *tit.* 1. *de servitutibus* observatum est. Et quamvis verum sit, non modo ad irrigandum agrum, sed & amœnitatis causa, vel ad usum atque commodum hominum, aquam duci posse: *l.* 1. §. *illud quæritur* 11. *l. hoc jure* 3. *ff. de aqua quot. & æstiva:* non tamen inde sequitur, solius amœnitatis causa realem hanc servitutem induci. Ne autem cum umbra hac in quæstione luctemur, in servitute prædiali posse cum utilitate, prædio dominanti accedente, concurrere etiam personarum utilitatem ac voluptatem, nemo dubitaverit, nisi qui vulgatissimam ignorat prospectus & ne prospectui officiatur servitutem; aut non didicit, prædia ipsa sæpe principaliter in hominum amœnitatem exstructa esse ac comparata, prætoria voluptati *tantum* inservire: *l. urbana prædia* 198. *ff. de verb. signif.* prædia esse voluptuaria, viridaria vel gestationes vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amœnas habentia: *l. si cujus rei* 13. §. *fructuarius* 4. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Adde *l. lines & labra* 15. *ff. de action. empt.* porticus denique ambulatorias Romanis usque adeo in usu fuisse, ut & cessio servitutis probata fuerit, qua mihi permitteretur in parietem vicini tigna immittere, supraque ea tigna porticum ambulatoriam facere, superque eum parietem columnas structiles imponere, quæ tectum porticus ambulatoriæ sustineant: *l. sicut* 8. §. *competit.* 1. *ff. si servit. vind.* Id unum plures nobiscum censuerunt negandum, solius amœnitatis ergo prædiales posse servitutes imponi; & immerito prædiorum servitutem appellari, quæ præter voluptatem, personas solas respicientem, nullam insuper haberet ad ipsum prædium referendam utilitatem. Neque solam in servitute prospectus, & ne prospectui officiatur, amœnitatem, sed & utilitatem prædialem reperiri, facile animadvertet, quisquis consideraverit, eam potissimum in id comparatam esse, ut non per superiora tantum, sed & per inferiora lumen liberius in cœnaculum intrare queat; nec aliud esse prospectus jus, quam lumen liberius per fenestras inferiores hauriendum; adeoque non aliter distare has a se invicem, quam ut majus ac minus; eumque qui servitutem habet, ne prospectui officiatur, habere simul eam, qua luminibus officiendum non est, insuperque præter luminis utilitatem etiam prospectus amœnitatem, quæ ex inferiore tantum loco constituendam prospectus servitutem sponte sua comitatur, idque ad distinctionem luminis ex inferiore loco non constituendi,

i-

ideoque nec habentis prospiciendi libertatem: *l. inter servitutes* 15. & 16. *ff. de servit. præd. urban.* Et sane, si in *d. l.* 8. *ff. de servitut.* regulam a Paulo traditam dicas, sed quæ usu mutata, aut certe mitigata est, ac de usu illo contra regulam recepto agere Pomponium & Ulpianum in *d. l.* 1. §. 11. & *l.* 3. *ff. de aqua quot. & æstiva* necesse fuerit, ut fatearis, perperam & inepte Paulum fecisse, quod regulam juris veteris, usu contrario jam abrogatam, tradidisset, nec mutationis aut mitigationis ullam fecisset mentionem, atque ita lectorem incautum in errorem deduxisset; cum tamen & Pomponius Paulo longe antiquior, & Ulpianus eidem Paulo coætaneus, jam istius mutationis ac mitigationis meminissent, (uti volunt dissentientes) in *d. l.* 1. §. 11. & *d. l.* 3. Quale ineptiæ vitium ne de Paulo, Jurisconsulto accuratissimo, aut præsumamus, aut admittamus, satius erit, si amœnitatis quidem gratia aquam duci posse concedamus, sed neque Pomponium neque Ulpianum in *d. ll.* asseruisse, realem propterea servitutem esse. Quin potius, uti impensæ, natura sua voluptuariæ, incipiunt utilibus adnumerari, quoties in res promercales seu venales factæ sunt, in quantum augent pretium rerum promercalium, ob impendia talia pluris distrahendarum, licet non ideo desinant emptoribus aliisque voluptatem præstare & amœnitatem: *l. quod si hæ res* 10. *ff. de impens. in rem dot. factis*: ita quoque, si quæ prædio concedantur jura, etiam voluptatem domino prædii & aliis allatura, (veluti, jus aquæ ducendæ, non agri irrigandi causa, sed ad fontes salientes, ad gratos leni murmure cadentium aquarum lusus, ad balnea, & quæ plura sunt his similia) non alia de causa prædiales servitutes erunt, quam quia inde surgit pretium prædii, quod forte voluptati tantum deserviturum est, quo fit, ut quod hominum intuitu ad amœnitatem pertinet, prædii tamen respectu comprehendat utilitatem, & ut tale, realibus debeat servitutibus accenseri. Confer, si libet, acerrime pro servitutibus realibus solius amœnitatis gratia constituendis disputantem Galvanum *de usufructu cap.* 32. *n.* 4. & *seqq.*

16 Præter hæc, illa quoque prædialium servitutum convenientia est, quod plures diversæ prædiorum diversorum dominis eodem in loco vel per locum eundem constitui possint, si modo priori per posteriorem non fiat præjudicium: *l. qui per certum* 13. *ff. h. t. l. si ædes* 32. *ff. de servit. præd. urban. l. Lucio* 4. *ff. de aqua quot. & æstiva*: junct. *l. supra* 11. *ff. de aqua & aquæ pluv. arcendæ*: *l. per quem locum* 14. *ff. de servit. præd. rustic.* Ac servitute concessa simul concessa censentur omnia, sine quibus servitus exerceri nequit. Quo modo haustu aquæ dato, iter quoque ad puteum datum intelligitur: *l. item sic possunt*: 3. §. *ult. ff. de servitut. præd. rustic.* Et, si mihi per aream tuam in domum meam ire agere cesseris, nec ex plano aditus ad domum meam per aream tuam sit, dum domo mea altior area tua est, vel gradus vel clivos propius januam meam jure facere possum; dum ne quid ultra, quam quod necesse est, itineris causa demoliar: *l. servitutes* 20. §. *si domo* 1. *ff. de servit. præd. urb.* Is quoque, qui aquæ ducendæ jus habet, vel fistulam in rivo ponere, vel aliud quidlibet facere potest, quo aquam latius excipiat, modo ne domino vel rivalibus aquagium deterius efficiat: *l. hoc jure* 5. §. *pen. ff. de aqua quot. & æstiva*: *l. Quintus* 15. *ff. de servitut. præd. rust. l. qui fundum* 40. §. *in lege* 1. *ff. de contrah. empt.* Nec minus, itinere legato, qua nisi opere facto iri non possit, licere fodiendo substruendo iter facere, Proculus ait *l. si iter* 10. *ff. de servitutibus*: quin & viam sternere liberum est, (non tamen silice aut ponte, nisi id actum sit: *l. supra* 11. *ff. de aqua & aquæ pluv. arcendæ*: *l. loci* 4. §. *si quis* 5. *ff. si servit. vind.*) ac arboris impendentis, & viam aut iter invium ac inhabile reddentis, remotionem postulare: *l. loci* 4. §. *si quis mihi* 5. *ff. si servit. vind.* denique nec dubium, quin itineris actus viæ rivi similiumque purgatio atque refectio (quin & depressio vel allevatio, si non aliud actum) domino prædii dominantis permittenda sit; neque adeo, ut refectionis gratia accedendi etiam ad ea loca, quæ non serviant, ipsi fabrisque ejus, qua proxime possit, facultas competat: *l. refectionis* 11. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* Adde *l.* 1. §. *ult. l.* 3. *ff. de rivis*.

17 Adhæc omnibus in servitutibus (excepta ea, quæ est oneris ferendi, & altius tollendi, secundum alibi dicta) id obtinet, quod prædii servientis dominus nihil ipse facere teneatur, sed tantum pati aut non agere: *l. quotiens* 15. §. 1. *ff. de servitutibus*. Quodque omnes causam debeant habere perpetuam: *l. foramen* 28. *in med. ff. de servitut. præd. urban.* Unde, licet jus navigandi constitui possit per lacum perpetuum: *l. via constitui* 23. §. *si lacus* 1. *ff. de servit. præd. rustic.* tamen neque ex lacu neque ex stagno concedi aquæductus potest: sed nec valere summo jure servitus foraminis in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, si in eum locum nihil aquæ ex cœlo veniat: *d. l. foramen* 28. *in pr. & in fine ff. de servitut. præd. urban.* nec aquæ ex castello ducendæ, quæ prius eo per rotam attollenda fuerat. Sed cum ab Antonino rescriptum fuerit, tuendum ex benignitate esse, qui emptione vel alio legitimo modo sibi hoc jus comparavit, etsi jure servitus non valeat: *l. de aqua* 21 *ff. h. t.* etiam ratio nulla est, quo minus proluendi pavimenti causa jus foraminis in imo triclinii pariete concessum similem mereretur tuitionem; nostris præsertim moribus, quibus non, uti apud Romanos, spongiis pavimenta exterguntur, juxta *l. quæsitum* 12. §. *item perticæ* 22. *ff. de instruct. vel instrum. legato*: sed majore aquæ copia atque proluvie, pluvialem sæpe superante, expurgari solent mundarique. Groenewegen *ad d. l.* 28. *ff. de servit. præd. urban.* Etsi vero jus Romanum causam regulariter perpetuam desideret, non tamen ita usum continuum aut possessionem; cum plures servitutes sint, veluti iter, actus, via, quæ sui natura intermissionem habent, certa continuaque carentes possessione: *l. cum ususfructus* 13. *ff. de usu & usufr. legato*: *l. servitutes prædiorum* 14. *ff. de servitutibus*: atque insuper his & aliis modus adjici possit, quo possessio interrumpatur, & usus earum temporibus secernatur

ac statis dierum horarumve intervallis: *l. servitutes* 4. *§. ult. l.* 5. *§.* 1. *ff. de servitutibus: l. si sic constituta* 7. *l. si communem* 10. *§.* 1. *ff. quemadmodum servitut. amit. l. cum constet* 5. *pr. & §.* 1. *ff. de aqua quot. & aestiva*.

18 Omnes quoque servitutes, licet neque ad tempus, neque ad certam usque conditionem constitui ipso jure possint, tamen, si dies aut conditio adjecta fuerit, doli vel pacti exceptione occurri posse contra placita servitutem vindicanti, admissum fuit: *l. servitutes* 4. *ff. de servitutibus:* qua ratione precario etiam concedi posse servitutes tum rusticas tum urbanas, Pomponius & Gajus docent *l. aut praetor* 2. *§. ult. l.* 3. *l. & habet* 15. *§. precario* 2. *ff. de precario:* utcunque tunc propria destituantur servitutum natura: arg. *l. pen. ff. h. t.* Sed cum ea precarii conditio sit, ut ad libitum concedentis revocari queat: *l.* 1. *pr. & §.* 2. *l.* 2. *§.* 2. *ff. de precario:* non aeque expeditum est, utrum promiscue in precaria servitutum concessione hac pro arbitrio revocandi potestas concedenti permittenda sit? Non displicet, inspiciendum esse, utrum id, quod precario concessum est, sui natura temporale sit, aut sine notabili precario tenentis dispendio possit ulterior ejus impediri usus; an ex adverso perpetuum, ac tale, quod non nisi cum grandiore incommodo & graviore impendiorum factorum jactura revocandum esset. Illo quidem casu vix esset, ut non liberrimam concedenti asseramus revocandi potestatem, secundum vulgatam precarii proprietatem: quod in itinere, actu, via, aquae haustu, pecoris ad aquam appulsu, similibusque actu transeunte constantibus, plerumque non magnum praerequirentibus apparatum aut sumptum, locum habet. At hoc casu contra dicendum fuerit, non aliter admitti oportere servitutis precario concessae revocationem, quam si nova emerserit & judicis arbitrio sufficiens revocandi causa; prout id in tigni immittendi projiciendi ac protegendi servitute, aut concessa in alieno fundo aedificandi potestate, & id genus aliis, usus perpetui causa fieri & exstrui solitis, nec sine detrimento graviore destruendis deponendisve, contingit: neque enim videri posset dolo carere, quisquis vicinum precarii fiducia exstruentem post plura impendia depellere festinat, atque ita beneficium precarii ac liberalitatem, in vicini compendium concessam, in ejus studet dispendium ac laesionem detorquere, contra *l. quod favore* 6. *C. de legibus:* cum tamen dolum non a precario minus, quam caeteris a negotiis exulare fas sit. Conferque huc apprime id, quod de commodato sine temporis adjectione concesso, iterum non statim aut intempestive, sed demum post usum arbitrio judicis sufficientem, repetendo Paulus tradidit, addens, adjuvari nos, non decipi, beneficio oportere: *l. in commodato* 17. *§. sicut* 3. *ff. commodati*. Ut proinde hic confugere liceat ad illud ejusdem Pauli jurisconsulti; haec nempe aequitatem suggerere, etsi jure deficiamur: *l. in summa* 2. *§. item Varus* 5. *ff. de aqua & aquae pluv. arcendae*. Confer Caepollam *de servitut. praedior. urban. cap.* 79. *n.* 6. Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 6.

19 Commune denique illud est, quod in omni servitute praediali dominans & serviens praedium sibi invicem vicina esse debeant: *l. ergo* 5. *§.* 1. *ff. de servit. praed. rustic.* quae tamen vicinitas non tam ex contiguitate, quam potius ex utilitatis praestatione, & serviendi habilitate aestimanda est. Quamvis enim in eo inter urbanas rusticasque servitutes differentia sit, quod plarumque in rusticis impediat servitutem praedium medium, quod non servit: *l. qui sella* 7. *§.* 1. *ff. de servit. praed. rustic.* in urbanis non item, dum servitus ne luminibus, ne prospectui officiatur, neve altius tollatur, a remotiore praedio deberi potest, medii praedii libertate intacta, si modo non tantum distent a se invicem, ut prospici non possent: *l. loci* 4. *§. ult. l.* 5. *l.* 6. *ff. si servit. vindic. l. si aedes meae* 38. *&* 39. *ff. de servit. praed. urban.* tamen quin in rusticis etiam praedia remotiora servire queant, dubitare non oportet, si modo intermedia quoque eandem praesteut servitutem. Qua ratione per contigua plurium praedia aquam recte duci, per plures plurium fundos unum idemque itineris actus viae jus constitui, nec haustum via publica aut loco publico interveniente impediri, in usu fuit: *l. una est via* 18. *l. cum essent* 33. *§.* 1. *ff. de servitut. praed. rustic.*

TITULUS V.

Si Servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur.

SUMMARIA.

1 *Quibus detur actio confessoria pro realibus servitutibus, tum directa, tum utilis? An & fructuario pro servitutibus praedio fructuario debitis?*
2 *Contra quos detur?*
3 *Ad quid tendat? etiam ad reponenda in pristinum statum illa omnia, quae in praejudicium servitutis facta, exstructa, destructa sunt.*
4 *Cessat, si dominus praedii servientis quid fecerit in praejudicium servitutis, vicino consentiente; vel si praedii intermedii liberi dominus jure suo ea fecerit, quae servituti obsunt.*
5 *Quid sit negatoria? quibus & contra quos detur, ac quibus in casibus & ad quid? ubi & de canalibus fistulisque aqueis ruptis, sterculino prope parietem alterius habito, & humectante, deque pariete ultra semipedem inclinato supra aream vicini, & onere refectionis.*
6 *Quaedam actiones re ipsa sunt confessoriae & negatoriae, quaedam sola verborum conceptione.*
7 *De formulis actionis confessoriae & negatoriae ex usu fori.*

1 Quemadmodum in personalibus, ita & realibus in servitutibus, actioni confessoriae & negatoriae locus est. Confessoria directa quidem praedii dominantis domino datur: *l.* 1. 2. *ff. h. t.* etiam socio, quoties praedium commune servit praedio alterius socii

cii proprio, aut proprium servit prædio communi: *l. si communi* 27. *ff. de servit. præd. rustic. l. si quis ædes* 30. §. 1. *ff. de servit. præd. urban. l. ut pomum* 8. §. 1. *ff. de servitutibus:* utilis vero creditori hypothecam habenti, emphyteutæ, superficiario, vasallo: *l. ei, qui* 16. *ff. de servitutibus: l.* 1. §. *ult. ff. de superficiebus: l.* 1. §. *ult. ff. de remissionibus: libr.* 2. *feud. tit.* 8. *versu rei autem:* illis insuper, quibus servitus talis constituta fuit, quæ summo jure civili non subsistebat, sed jure prætorio sustentata fuit: arg. *l. de aqua* 2. *ff. commun. prædior. l. servitutes* 4. *ff. de servitutibus.* Adhæc vindicantibus jurisdictionem, regalia recensita in *libr.* 2. *feud. tit.* 56. jus patronatus, & similia, postquam hæc secundum tempora posteriora & mores hodiernos cœperunt esse patrimonialia privatorum aut Principum. Præterea dominis prædiorum superiorum, quo inferiora prædia aquam naturaliter defluentem recipiant, si scilicet talis servitus lege vel more regionis firmata sit: *l.* 1. §. *ult. ff. de aqua & aquæ plur. arcendæ.* Non item fructuario, nisi per consequentiam, dum impeditus exercere servitutem fructuario prædio constitutam, ipsum usumfructum vindicat, quasi impeditus uti frui: *l.* 1. *l. uti frui* 5. §. *utrum* 1. *ff. si ususfr. petetur:* interdicto tamen de itinere actuque privato, si hoc anno usus est, experiri posse fructuarium, receptum fuit; eo quod in confessoria quidem de jure, in interdicto autem de facto quæritur: *l. de servitutibus* 2. §. *ult. ff. h. t.* Quin imo, cum fructuarius possit alteri, novum opus in prædii fructuarii præjudicium facienti, novum opus nunciare non suo quidem, sed procuratorio nomine: *l.* 1. §. *ult. ff. de operis novi nunciatione:* etiam procuratorio nomine eum posse servitutes a tertio vindicare, obtinuit; quod vult Ulpianus, cum ait, *fructuario vindicandarum servitutum jus esse, secundum quod opus novum nunciare potest vicino;* id est, eodem modo, quo & opus novum nunciare potest: *l. unic.* §. *item Juliano* 4. *ff. de remission.* Unde & in d. §. 4. subjungitur, fructuarium domino ipsi rei fructuariæ novum opus nunciare non posse, nec contra ipsum dominum agere, jus ei non esse, invito se, altius ædificare; sed, si hoc facto ususfructus deterior fiat, ipsum usumfructum petere debere. Scilicet, cum vicino opus novum nunciat, aut a vicino servitutem vindicat, proprietarium repræsentare, adeoque procuratorio nomine hæc agere potest; at ut contra ipsum proprietarium agat, aut proprietario novum opus nunciet, proprietarii ipsius nomine ac velut procurator ejus, contradictorium est: Adde Galvanum *de usufr. cap.* 36. 37. Castill. Sotomay. *de usufructu cap.* 7. *n.* 20. Si plures sint unius prædii dominantis domini, in solidum singulis hæc actio competit; cum servitutes individuæ sint, adeo ut etiam uno agente, is non sibi tantum, sed & omnibus cæteris vincat aut vincatur, in quantum de ipso experitur servitutis jure; nam quatenus in æstimatione venit id quod interest, non quanti reliquorum sed solummodo quanti sua interest, consequitur; eo quod dividua est præstatio ejus quod interest: *l. loci* 4. §. *si fundus* 3. *l. etsi forte* 6. §. *si ædes* 4. *ff. h. t.* arg. *l. supra* 11. §. *quod si* 4. *ff. de aqua & aquæ pluv. arcendæ.* Si tamen unus in solidum de servitute agens, sua culpa succubuerit, non est æquum, hoc cæteris damno esse: *l. si de communi* 19. *ff. h. t.*

2 Datur contra quemvis in servitute impedientem: *l. si quis diuturno* 10. §. 1. *ff. h. t. l.* 1. §. *competit* 25. *ff. de aqua quotid. & æstiva:* nisi agatur de servitute oneris ferendi, in qua id singulare, quod contra solum dominum detur: *l. & si forte* 6. §. *hæc autem* 5. *ff. h. t. l.* 1. §. 1. *ff. de servit. præd. urban.* Nec interest, utrum directo quis impediat, an per consequentiam, dum non patitur viam refici vel sterni, aliaque fieri, quæ juris interpretatione concessa censentur, servitute constituta: *l. loci* 4. §. *si quis mihi* 5. *ff. h. t.* Præcipue vero contra prædii servientis dominum datur: &, si plures sint, contra singulos in solidum; quia divisionem hæc res non recipit: *d. l. loci* 4. §. *sed & si* 4. *ff. h. t.* sic ut reus solidum præstare teneatur, sive de ipsius servitutis præstatione, sive de præstando eo quod interest seu æstimatione quæstio sit; quia in omnem eventum actoris in solidum interest non prohiberi: *d. l.* 4. §. 4. *ff. h. t.* junct. *l. stipulationum* 2. §. 1. 2. *ff. de verb. obligat.* excepta servitute oneris ferendi, quantum ad onus seu impensam refectionis: *l. etsi forte* 6. §. *si ædes* 4. *in fine ff. h. t.*

3 Tendit hæc actio ad id, ut liber relinquatur constitutæ servitutis usus, ac cautio de non turbando in futurum interponatur; jurejurando in litem a judice actori deferendo, si reus cavere recuset: *l. harum actionum* 7. *ff. h. t.* Præstentur etiam fructus; quo *fructuum* nomine in hac materia continetur id quod interest, servitute non prohiberi, (cum in servitutibus prædialibus fructus non sint, proprie sic dicti) adeoque commodum omne, quod prædii dominantis domino abest, damnumque quod sensit, ob impeditam servitutem: *l. loci* 4. §. *in confessoria* 2. *l. & si forte* 6. §. *pen. ff. h. t.* junct. *l. si commissa* 15. *ff. ratam rem haberi.* Reficiatur insuper columna vel paries in oneris ferendi servitute, secundum modum in servitutis impositione dictum: *d. l.* 6. §. *modus* 5. *l.* 7. *l.* 8. §. *distans* 2. *ff. h. t.* aut altius tollatur paries in servitute illa, qua vicinus cogitur parietem ad certam altitudinem elevatum habere (de quo dictum *tit.* 2.) arg. *l. si arborem* 17. §. *interdum* 2. *ff. de serv. præd. urban.* denique removeantur aut in pristinum restituantur statum omnia illa, quæ ita implantata vel ædificata aut destructa sunt in prædio serviente, ut viam inviam, iter inhabile faciant, aut alio quocunque modo deteriorem reddant impositæ servitutis usum: *l. loci* 4. §. *si quis mihi* 5. *ff. h. t. l. supra* 11. *ff. de aqua & aquæ pluv. arcendæ: l. si quid* 5. *l. si in ædibus* 9. *C. de servit. & aqua:* non modo, si prohibente vicino ædificata aut facta sint, sed &, si cum consensisse non probetur: *l. luminum* 4. *l. invitum* 5. *ff. de servit. præd. urban.* Qua ratione, cum ædibus pupilli vel minoris esset debita servitus ne luminibus officiatur a prædio tutoris aut curatoris; & is durante administratione altius suas ædes extollendo pupillaribus officisset luminibus, adeoque per injuriam id ipse commisisset, quod alium facientem necesse habebat ex officio prohibere, data mi-

minori actio fuit, ut, quod non jure factum erat, tollatur: *l. altius* 15. *ff. h. t.*

4 Cessat tamen hæc actio, si dominantis prædil dominus consenserit in id, quod in servitutis præjudicium exstructum est: arg. *d. l.* 5. *ff. de servit. Præd. urb.* ut &, si dominus prædil remotioris servitutem altius non tollendi debens, cum prædium intermedium liberum esset, altius exstruxerit postquam jam prædii intermedii liberi dominus jure suo altius exstruxerat; cum eo modo nihil ipse prædii servientis dominus videri possit fecisse contra servitutem constitutam, quippe jam a domino intermedio jure impeditam. Ut tamen renascatur hæc actio, ædibus mediis intra præfinitum servitutibus amittendis tempus depositis vel depressis: *l. loci* 4. *§. ult. l.* 5. *l.* 6. *pr. ff. h. t.*

5 Negatoria actio, quæ etiam *contraria* dicitur: *l. sicut* 8. *ff. h. t.* domino accommodatur prædii sui libertatem asserenti; contra eum, qui servitutem usurpare vult; etiam socium, si forte paries communis opere per socium facto in alterius socii ædes se inclinaverit, ac ædium dominus agere velit, *jus socio non esse parietem ita inclinatum habere*: *l. si cum meus* 14. *§.* 1. *ff. h. t.* arg. *l. si tertius* 6. *§. inde quæritur* 2. *l. supra* 11. *§. si ex privato* 5. *ff. de aqua & aquæ pluv. arc.* Tendit autem generaliter ad id, ut prædium declaretur liberum ab onere istius servitutis, sive prædium nullo modo serviat, sive servitutem quidem debeat, sed non eam, quæ usurpatur; vel non prædio tali, cujus nomine usurpatio fit; cum sufficiat, quod, quantum ad eum pertinet, cum quo ago, liberas ædes habeam, ut ait Paulus JCtus *l. loci* 4. *§. competit* 7. *ff. h. t.* sive non eo modo debeatur, quo vicinus eam nunc exercere vult, dum forte plura vult tigna immittere, quam prædii servientis dominus ab initio permisit, aut aliter modum adjectum excedere: arg. *l. servitutes* 4. *§.* 1. *ff. de serv. l. is, cui* 11. *ff. quemadmod. servit. amitt. l. si, cum meus* 14. *ff. h. t.* Adde *tit. de serv. præd. urb. n.* 5. sive etiam ab alio prædio vere debita, nocere incipiat prædio alteri, quod servituti obnoxium non est: adeo ut, si fistulas, quibus aquam duco, in via publica aut fundo alieno habeam, & hæ ruptæ inundent parietem tuum, recte mecum agere possis, *jus mihi non esse, flumina ex meo in tuum parietem fluere*. *l. fistulas* 13. *ff. h. t.* Cui non absimile est, si vicinus meus sterculinum fecerit, aut balneum, secundum, seu prope meum parietem, ex quo paries meus madescebat: *l. si quando* 17. *§. ult. ff. h. t. l. fistulam* 19. *ff. de servit. præd. urban.* vel paries vicini inclinatus, supra meam aream promineat ad latitudinem dimidiati pedis, aut amplius: *l. si, cum meus* 14. *§.* 1. *l. si quando* 17. *pr. ff. h. t.* Etsi enim in casibus hisce fistulæ ruptæ, sterculini nocentis, parietisque inclinati, nihil in prædio illo, cui nocetur, factum sit, sed in proprio, & cuivis jure liceat in suo facere ea, quibus vicino nocet, si prosit sibi; observandum tamen, cuique in suo hactenus facere licere, quatenus nihil in alienum immittit: *l. sicut* 8. *§. Aristo* 5. *ff. h. t.* immittit vero ea ratione aquam & humectationem in alterius parietem, immittit parietem inclinatum, vel potius projicit supra aream alterius: arg. *d. l.* 8. *§.* 5. *l.* 17. *ff. h. t.* Pertinetque tunc refectionis sumptus ad dominum parietis inclinati, aut aquæductum vel sterculinum ita habentem, ut noceat; & pariete communi inclinato, communis quoque refectio est, nisi unus sociorum solus facto suo causam dederit vitio parietis: arg. *d. l.* 14. *§.* 1. & *l.* 17. *ff. h. t.* Christinæus *ad Leg. Mechl. tit.* 14. *art.* 41. Plane ad refectionis ipsius factum etiam unus sociorum in solidum conveniri potest, segressum de impensis deinde contra reliquos habiturus; cum individuum sit factum restitutionis, licet impensa dividua sit: arg. *l. prætoriæ* 2. *pr. & §.* 1. *ff. de prætor. stipul.* Papon *libr.* 6. *tit.* 11. *arr.* 1. Insuper hac actione petuntur fructus, seu id quod interest, secundum explicata in actione confessoria, ac cautio de non turbando in futurum; quam etiam ab adversario non exactam judex ex officio interponi jubet: *l. harum actionum* 7. *l. egi* 12. *ff. h. t.* denique destructio aut in pristinum statum restitutio eorum, quæ contra libertatem prædii non jure facta sunt: *l. si, cum meus* 14. *pr. & §.* 1. *ff. h. t.*

6 Cæterum plerumque quidem actiones hæ vere, re & nomine, confessoriæ & negatoriæ sunt; quandoque tamen sola verborum formula ac conceptione; sic ut verbo tenus actio negatoria sit, quæ vi & efficacia sua est confessoria; & vice versa. Quo modo adversus eum, qui altius non tollendi servitutem debet, actio confessoria per negationem mota proponitur, jus scilicet non esse vicino altius tollendi: *l. loci* 4. *§. ult. l. & si forte* 6. *in pr. ff. h. t. §. æque* 2. *in med. Instit. de actionibus.* Ut ex adverso is, qui jure suo, ac convenienter libertati naturali, in suo altius ædificare vult, si a vicino impediatur, quasi altius non tollendi servitutem deberet, libertatem suo prædio recte asserit adhibita actionis confessoriæ formula, jus sibi esse altius tollendi ædes suas: *d. §.* 2. *Inst. de actionibus*.

7 Formulas actionis confessoriæ ac negatoriæ ex usu fori, & opponendarum his exceptionum, vide apud Wassenaar *pract. judic. cap.* 1. *n.* 46. *§.* 2. 3. & *n.* 95. *§.* 2. Plura non addo, cum generalia alia ad has actiones pertinentia jam supra *tit. si ususfructus petetur*, tractata sint.

TITULUS VI.

Quemadmodum Servitutes amittuntur.

SUMMARIA.

1 *Servitus prædialis nondum constituta, sed tantum vendita vel stipulanti promissa, evanescit, si stipulans ante impositionem alienet fundum suum aut partem ejus; nisi simul spem servitutis alienaverit ac cesserit; & quid juris, si is, cui legata servitus, fundum alienet ante impositionem?*

2 *Jam constitutæ evanescunt confusione seu consolidatione; sed si quis partem tantum prædii dominantis aut servientis pro diviso acquisiverit, in parte altera adhuc servitus salva est. Quid juris, si prædii dominantis & servien-*

vientis domini sibi invicem partem prædii tradiderint? Quid, si prædium serviens inter plures socios divisum sit, & postea dominus prædii dominantis partem unam acquirat?

3 *An reviviscant servitutes confusione extinctæ, si iterum postea cesset confusio, per distinctionem explicatur.*

4 *Pereunt etiam interitu prædii dominantis aut servientis; restituendæ tamen, si restituatur in pristinum statum prædium, quod interierat, licet inter interitum & restitutionem prædii intercesserit tempus, quod sufficit ad amittendam servitutem; nisi dominus prædii servientis posuerit aut exstruxerit interim aliquid servituti contrarium, & inde tantum tempus elapsum sit. Non tamen pereunt, si sola agri superficies mutetur, ex vineis prata fiant.*

5 *Pereunt & remissione, expressa vel tacita, quod exemplis illustratur. An, & quando, & quo usque per unius servitutis remissionem altera quoque remissa videatur?*

6 *Servitutes remitti possunt pro parte quadam prædii dominantis aut servientis, sive unus tantum prædii dominus sit, sive plures prædium dominans aut serviens diviserint inter se. Non item remittit unus ex pluribus dominis prædii pro indiviso communis; nec fructuarius aut proprietarius, vel tutor, vel maritus, ratione prædii fructuarii, pupillaris, dotalis.*

7 *Quanti temporis non usu servitutes continuæ & discontinuæ vulgo dictæ pereant jure civili ac moribus?*

8 *An in hac amissione per non usum tempora prædecessoris singularis conjungantur cum temporibus successoris?*

9 *Quibus modis quis videri possit servitute usus vel non usus esse, & an sufficiat, quod per alium servitus exercita sit?*

10 *Quid juris circa amissionem, quæ non usu fit, si prædium dominans aut serviens per longitudinem aut latitudinem inter plures socios divisum sit, per distinctiones explicatur.*

11 *Recensentur casus quibus servitutes non pereunt non utendo. Urbanæ quoque servitutes non extinguuntur, nisi concurrat factum servituti contrarium & bona fides præscribentis; secus in rusticis.*

12 *Quid juris, si quis pleniore vel minus plena servitute usus sit, quam quæ concessa erat, vel unus ex pluribus per eundem locum aquam ducentibus jus suum amiserit, vel iverit tantum, non item egerit actum habens, vel iverit per unum fundum ex pluribus servientibus?*

13 *Finitur etiam servitus resoluto jure ejus, qui eam concessit.*

14 *An moribus pereat prædialis servitus, si prædium serviens solemniter decreto judicis venditum ac traditum sit, & dominus prædii dominantis edictis monitus non mature indicaverit suum servitutis jus?*

1 Reales servitutes evanescere possunt vel antequam constitutæ sunt per quasi traditionem, vel postea. Antequam constitutæ sunt, tantum scilicet promissæ, evanescunt, si is, qui servitutem, veluti viam, a prædii vicini domino stipulatus fuerat, ante eandem constitutam fundum suum alienaverit vel in totum, vel pro parte: *l. si sub una* 136. §. 1. *ff. de verbor. oblig.* corrumpere namque censetur stipulationem, in eum casum illam deducendo, a quo incipere non potest: sive enim totum fundum alienet, corruit stipulatio, quia servitus prædialis constitui nequit ei, qui prædium non habet: sive partem tantum fundi distrahat, irrita promissio fit; quia pro parte dominii, aut per unum socium communi prædio, servitus acquiri non potest: *l. pro parte* 11. *ff. de servitutibus*: *l. proprium* 5. *in fine ff. commun. prædior. l. pluribus* 140. §. *ult. ff. de verbor. obligat.* licet semel legitime quæsita etiam per partem dominii recte conservetur, dum pars prædii dominantis alienata alterius domini esse cœpit: *d. l.* 140. §. *ult.* Sed &, si stipulator fundum nominatim cum servitute promissa vendiderit, emptorique suam cesserit ex stipulatu actionem; non erraverit, qui eo casu ratam existimaverit mansuram stipulationem, non obstante alienationis interventu; cum nulla obstet juris ratio, cur non simul cum fundo transferatur in alium spes quoque servitutis fundi intuitu per stipulantem, tempore stipulationis etiamnum plenum fundi dominum, jure quæsita: Groenewegen ad *d. l.* 136. *ff. de verb. obligat.* Quod si servitus legata sit, & legatarius, antequam legatum agnovisset, fundum alienaverit, usque adeo emptorem sequetur legata servitus, ut venditor ne repudiare quidem eam possit in damnum emptoris; eo quod, uti dominium, ita & servitus sine traditione ipso jure legatario acquiritur: *l. si partem* 19. §. 1. *ff. h. t.* ibique Costalius.

2 Constitutæ vero atque jam impositæ reales servitutes, licet neque morte, neque alienatione prædiorum aut publicatione extinguantur: *l. via constitui* 23. §. 2. & 3. *ff. de servit. præd. rustic.* multis tamen finiuntur modis; veluti cum idem prædii utriusque tum dominantis tum servientis dominus fit, eo quod nemini res sua servire potest: *l.* 1. *ff. h. t.* junct. *l. uti frui* 5. *ff. si ususfr. petetur*: *l. si quis ædes* 30. *ff. de servit. præd. urb. l. quicquid* 10. *in fine ff. communia prædior. l. legatum est* 116. §. *ult. ff. de legatis* 1. Unde si socii prædii pro indiviso communis redemerint communiter servientem prædio communi fundum vicinum, servitutem perire necesse fuit: *l. si communi* 27. *ff. de servitut. præd. rust.* Aliter, quam obtineret, si duo prædia, quæ mutuo servirent, inter eosdem fuerint communicata: *l. unus ex sociis* 34. *ff. de servit. præd. rustic.* quia nunc quisque ex permutatione quadam videtur acquisivisse partem alieni prædii, & vicissim amisisse partem sui prædii; cui consequens est, ut quisque ratione partis illius, quam retinuit, intelligi debeat etiam retinuisse servitutem in parte illa alieni fundi, quam sibi ex permutatione non quæsiverat. Idemque est, si dominus prædii dominantis & servientis sibi invicem tradiderit suorum prædiorum

rum partes pro diviso: *l. si quis ædes* 30. §. 1. *ff. de servit. præd. urban.* aut prædium serviens non in commune utrique socio, sed singulis pro parte divisa quæreretur: quippe quo casu magis unicuique socio in parte alterius in totum salvum esset mansurum servitutis jus; eo quod, ut ante dictum, servitus ab initio non quidem pro parte acquiri, sed acquisita tamen per partes retineri potest: *l. ut pomum* 8. §. 1. *ff. de servitutib. l. pluribus* 140. §. *ult. ff. de verb. obligat.* Sed &, si prædium serviens cœperit inter socios regionibus divisum esse, & partem ejus unam deinde emerit dominus prædii dominantis; nihil vetat, in altera parte, quam non redemit, servitutem superesse, si modo ea partis non redemptæ magnitudo aut latitudo sit, ut servitutem eandem pati possit: nam si via debita sit, & non redemptæ partis spatium tam angustum, ut illac vehiculum duci amplius non possit, servitutem viæ in totum evanuisse dicendum est: *l. nam satis* 6. §. 1. *in med. vers. certe si is ff. h. t.* Longe magis, si ex pluribus prædiis simul servientibus unum redemptum sit, in cæteris non redemptis illibatum manet servitutis jus: *l. si, cum servitus* 15. *ff. h. t. l. si mihi* 20. §. *pen. l. tria* 31. *ff. de servitut. præd. rust.*

3 Quod si cesset iterum confusio; videndum, utrum illa ab initio ea mente contigerit, ut esset perpetua, si non aliud de novo interveniat, an vero ita, ut aliquando confusio rursus resolvatur. Nam si eo animo confusio intervenerit, ne esset perpetua, dum tantum revocabile prædii dominantis aut servientis dominium acquirebatur, post tempus iterum recessurum, servitutes confusione extinctas post separationem iterum redintegrari oportere, dicendum est; uti id in prædio serviente, quod in dotem marito, prædii dominantis domino, datum est, (aut vice versa) fit, ubi postmodum matrimonio soluto dos reddenda est: *l. si maritus* 7. §. *s. ff. de fundo dot.* Sicut &, si prædium hæreditarium, sub conditione legatum, aut fideicommisso relictum, prædio hæredis, (aut hoc illi) servitutem debeat, ubi per additionem facta confusio deinceps resolvitur existente legati vel fideicommissi conditione: *l. Papiniani* 18. *ff. de servitutibus: l. si hæres* 73. §. 1. *ff. ad Senatuscons. Trebell.* Contra, si sic confusio facta sit, ne rursus fiat separatio, nisi causa nova intercedat (dum eo animo dominans serviensve prædium acquisitum est domino prædii alterius dominantis aut servientis, ne rursus abeat ab acquirente) interveniente deinceps separatione extinctæ manent, quæ fuerant confusione sublatæ, servitutes; nisi id pacto actum fuerit, ut renascantur: quod accidit, cum quis serviens suo prædio prædium simpliciter emit, & alterutrum iterum deinde alienat: *l. si quis ædes* 30. *ff. de servitut. præd. urban.* ibique Gothofred. *in notis.* Cui distinctioni non adversatur, quod, ubi fundus hæredis fundo defuncti servit, hæreditate adita sic fiat confusio, ut maneat perpetuo; & tamen hæreditate deinde per hæredem distracta, servitutes amissæ restituendæ sint: *l. 2. §. & si servitutes* 19. *ff. de hæred. vel act. vend. l. si ei* 9. *ff. commun. prædior. tam urb. quam rustic.* Etenim, ut eo casu servitutes redintegrentur, tacito censetur pacto placuisse; in quantum hæreditate vendita id inter emptorem & venditorem actum creditur, ut neque amplius neque minus juris emptor habeat, quam apud hæredem futurum esset, adeoque non venditor sed emptor videatur hæres extitisse: *d. l. 9. ff. communis prædior. l. 2. pr. & §. cum quis debitori* 18. *ff. de hæred. vel act. vend.* unde & actione ex empto vendito ad servitutes renovandas experiundum esse, asseritur: *d. l. 2. §. pen.* Non etiam repugnat *l. si maritus* 7. *pr. ff. de fundo dotali*, in qua, cum maritus, qui stante matrimonio fundum redemerat dotali prædio servientem, eum rursus constante matrimonio alienasset simpliciter sine servitutis redintegrandæ conventione, teneri dicitur uxori ad litis æstimationem, eo quod marito imputandum fuit, quod iterum sine restauratione servitutis prædio dominanti debitæ fundum distraxit; qui sane teneri non posset, si servitus post alienationem revivisceret ob temporale tantum dotis dominium marito quæsitum. Etenim prudenter factorum species separandæ sunt. Reviviscit nempe servitus, quæ ob acquisitum temporale dominium extincta fuerat, ubi rursus illud ab acquirente recedit. At in casu *d. l.* 7. non evanuit servitus per acquisitum aliquod temporale dominium prædii dotalis, sed potius per acquisitionem prædii servientis stante matrimonio contingentem, non ea mente, ut fundus ille acquisitus deinde rursus a marito abiret, sed magis, ut illum perpetuo sibi haberet, nisi nova causa alienationem suaderet. Hinc ergo vendens iterum illum fundum, quem animo sibi perpetuo habendi ab initio comparaverat, debuisset iterum speciali pacto id agere, ut servitus redintegraretur in fundi dotalis utilitatem; quod quia non fecerat, ideo, soluto matrimonio, dominioque revocabili prædii dotalis ab eo recedente, uxori tenebatur ad amissæ servitutis æstimationem, eo quod uxori salva esse debuisset servitus prædio dotali tempore dotis datæ debita, quæ non per acquisitionem temporalis dominii prædii dotalis, sed potius per adeptionem dominii perpetui fundi servientis (quamvis simul etiam per occasionem temporarii dominii jam ante marito in dote quæsiti) extincta erat. Minus obstat *l. si quis ex fundo* 15. *ff. h. t.* cum illic prædium dominans & serviens non inceperit ad eundem pertinere, adeoque nec confusio contigerit, nec confusione servitus evanuerit, sed manserit debita tam parti prædii dominantis alienatæ, quam ei, quæ alienata non est: ac proinde, si parti non alienatæ iterum postea accedat pars alienata, salvam habere debuit servitutem, nec partis recuperatæ nec partis servatæ intuitu unquam peremptam; si modo necdum tempus usucapioni constitutum prælapsum sit; quippe quo lapso, servitus periisse censeretur non utendo, quæ ratione partis non alienatæ ante præscriptionem salva erat, licet ob partem alienatam intermediam liberamque non potuerit dominus partis non alienatæ eandem exercere, utcumque tempus præscriptioni implendæ præfinitum necdum præteriisset: arg. *l. & ideo* 5. *l.* 6. *ff. si servit. vindic.* dissentit perperam Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 2. *cap.* 14. *n.* 7. 8. 9.

4 Interitu quoque dominantis aut servientis prædii servitus extinguitur; ut tamen ad interitum inun-

mundatio haud reducenda sit, quippe qua interveniente jus servitutis nihilominus salvum est: *l. si locus* 14. *ff. h. t.* arg. *l. si ager* 23. *l.* 24. *ff. quib. mod. ususfr. amitt.* sed restituta re, quæ interierat, veluti repositis ædibus servientibus aut dominantibus, aut restituto per alluvionem fundo, qui prius edacitate fluminis aut impetu consumptus erat, reviviscere seu renovari servitutem, æquum est: *l. servitutes* 20. §. *si sublatum* 2. *l. si testamento* 31. *l. eum debere* 33. *ff. de servitut. præd. urban.* Cæpolla *de servit. præd. urban. cap.* 28. *n.* 6. Donellus *comment. jur. civilis lib.* 11. *cap.* 18. *in fine.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 41. *defin.* 19. Unde & ædium servientium dominus eas collapsas exustas aut depositas non potest aliter reponere, quam ut salva eodem modo esse possit servitus in repositis, uti ante fuit: *d. l.* 20. §. 2. *l.* 31. *ff. de servit. præd. urban.* Secus, quam in usufructu obtinet, qui extinctus exustis vel collapsis ædibus, in domo reposita haud reviviscit: *l. quid tamen* 10. §. *pen. ff. quib. mod. ususfr. amitt. l. qui usumfr.* 36. *ff. de usufr. & quemad. quis utat. d. l.* 20. §. 2. *ff. de servit. præd. urb.* eo quod perpetuæ natura sua sunt servitutes prædiales, non vero personales; ut proinde non mirum sit, reales facilius quam personales redintegrari, quo propria earum, quoad ejus fieri potest, natura conservetur: perpetuas autem natura sua prædiales esse servitutes, utilitatis publicæ ratio effecit: *l. servitutes* 20. §. *si sublatum* 2. *ff. de servit. præd. urbanor.* Castillo Sotomay. *de usufr. cap.* 72. *n.* 16. *& seqq.* Nec refert, quod inter interitum & restitutionem prædii tantum intercesserit temporis spatium, quantum sufficit ad amittendam servitutem; nam & tunc eam renovandam esse, definitum est: *d. l. si locus* 14. *ff. h. t.* arg. *l. si quis alia* 18. §. *ult. ff. h. t.* Cum enim dominus prædii dominantis non habuerit jus cogendi prædii servientis dominum, ut is ædes reponeret, quippe non ad aliquid faciendum, sed tantum ad patiendum ex communi servitutum natura devinctus: *l. quotiens* 15. §. 1. *ff. de servitutibus:* consequens est, servitutem, sine culpa aut negligentia ejus, cui debita, amissam, restituendam esse: arg. *l. & Atilicinus* 55. *ff. de servitut. præd. rusticor.* Plane, si prædii servientis dominus, debens forte altius non tollendi aut luminibus non officiendi servitutem, posuerit aliquid exstruxeritve, collapsis ædibus dominantibus, quod servituti obest, ac tanto tempore positum exstructumve retinuerit, quantum præscriptioni sufficit; nec servitutis jus salvum amplius erit, nec, ut restituatur, jure desiderabitur: arg. *l. hæc autem* 6. *ff. de servitut. præd. urban. d. l. si quis alia* 18. §. *ult. ff. h. t.* eoque nititur fundamento, quod, si remotior area servitutem debeat, altius non tollendi, & mediæ areæ dominus servitutem non debens altius extulerit ædificia sua, dein & is, qui servitutem debet, (quippe jam non officiens prædio dominanti, adeoque nec exstruere impediendus) non aliter prædii dominantis domino servitutis vindicandæ potestas sit, quam si intra tempus præscriptioni statutum vicinus intermedius suum rursus ædificium deposuerit: *l. & ideo* 5. *l.* 6. *ff. si servit. vind.* Nec recte dixeris, eum & hoc casu sine culpa sua servitutem amisisse; cum utique sibi imputare debeat, quod ita a remotiore vicino servitutem adeptus fuerit, ut intermedius eandem suo potuerit jure & arbitratu impedire. Quod si certo agrorum generi, veluti vineis, aut hortis, aut pomariis, servitus acquisita sit, sublatis vero vineis aut arboribus, vineæ horti pomaria esse desinant, & ita mutata sit facies soli, servitus tamen eo ipso non extinguitur; eo quod ad solum magis, quam ad superficiem pertinet: nisi in contrahenda servitute aliud actum sit: *l. certo generi* 13. *ff. de servit. præd. rustic.*

5 Remissio etiam servitutem perimit, eaque non expressa tantum, sed & tacita, quæ contingit, dum duæ servitutes simul debitæ sunt, quarum una principalis, altera accessoria est; in quantum, principali remissa, accessoria quoque remissa censetur: arg. *l. Labeo* 17. *ff. h. t.* Uti &, dum id prædii servientis domino conceditur, quo servitus necessario & naturaliter impeditur: veluti si permittatur, ædificium exstrui in loco viæ assignato, vel altius ædificari per eum, qui debebat stillicidii jus: *l. si stillicidii* 8. *ff. h. t. l. pen. in fin. ff. commun. præd.* sive quis hæc expressa conventione permittat, sive sciens patiatur ea strui vel fieri, nec novum opus nunciet facienti; in quantum cogere deinceps vicinum nequit, ut suæ formæ res restituatur; sed præstatione ejus quod interest tenetur contentus esse: arg. *l. Sabinus* 28. *ff. communi dividundo: l. qui bona fide* 13. §. *si quis juxta* 7. *ff. de damno infecto.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 37. *n.* 4. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 2. *cap.* 14. *n.* 46. nisi hæc tantum precario concessa fuisse doceatur; quo casu adhuc salva servitus est: *d. l. penult. ff. commun. præd. l. si ædes* 32. *ff. de servit. præd. urban.* Quod si duæ separatæ servitutes principales ab eodem prædio debeantur, unius remissio alteram non perimit, sive eidem prædio dominanti utraque sit debita, sive diversis: nam si altius non tollendi servitutem ædes meæ tum Titii tum Mævii ædibus debeant, nihil vetat, remissa per Titium servitute, me a solo liberatum Titio, Mævio nihilominus servitutem debere: *d. l. si ædes* 32. *ff. de servit. præd. urb.* Rursus, si jus mihi sit per fundum tuum eundi agendi & aquam ducendi; remissa per me aquæ ducendæ servitute, eundi tamen agendique potestas intacta est. Quæ adeo vera sunt, ut, si servitutis unius remissio per consequentiam quandam redderet inutilem servitutem alteram, quæ remissa non est, ne prior quidem ulterius evanuisse censeatur, quam quatenus liberum manet non remissæ exercitium. Finge & altius non tollendi & stillicidii servitutem impositam; deinde remissum altius non tollendi jus: aut datum aquæductum per meum fundum, simulque, ne mihi liceat invito vicino in eo loco ædificare; postea mihi concessam esse licentiam ædificandi: sane nec altius tollendi nec ædificandi potestas aliter prædii servientis domino tributa videbitur, quam quatenus superesse potest stillicidii aut aquæ ducendæ jus: *l. si domus* 21. *ff. de servit. præd. urban. l. si mihi* 20. *ff. de servit. præd. rustic.*

6 In totum autem, non vero per partes, remissio ser-

servitutis facienda est; cum individuum sit servitutis jus: *l. unus ex sociis* 54. *ff. de servit. præd. rustic.* Verum id non impedit, quo minus, ut ad certam fundi partem constitui, ita & ad certam fundi partem remitti servitus possit, reliquis fundi ejusdem partibus salva futura: *l. ad certam* 6. *ff. de servitutibus*. Sed &, si inter plures divisus sit fundus dominans, nihil vetat, quo minus unus sociorum ratione suæ partis, quam jam pro diviso tenet, servitutem remittat; cum post divisionem tot separatæ creduntur servitutes esse, quot sunt prædii dominantis partes factæ: arg. *l. nam satis* 6. §. 1. *fere in pr. ff. h. t.* Idemque est, si serviens fundus divisus sit, quocunque modo divisio instituta fuerit, sive per longitudinem viæ sive per latitudinem ejus, sive via spatio definita sit sive non: etsi enim distinctiones tales usum inveniant, si de servitute per non usum amittenda quæstio sit, ut postea latius dicetur; tamen, si de remissione agatur, videntur supervacuæ. Nam si verum sit, ad certam fundi partem posse servitutem remitti: *d. l.* 6. *ff. de servitut.* remitti quoque poterit uni eorum, cui ex divisione pars certa prædii servientis quocunque modo ita obvenit, ut pars illa post divisionem adhuc remanserit servituti obnoxia: *d. l. nam satis* 6. §. 1. *vers. possunt tamen: ff. h. t.* Non tamen recte servitutem remittit unus dominorum prædii dominantis adhuc communis, invito socio, tum quia nihil facere potest in præjudicium socii ac rei communis; tum quia nec unus ex sociis prædio communi servitutem acquirit; naturale vero est, unumquodque eo, quo ligatur, dissolvi modo: arg. *l. unus ex sociis* 54. *ff. de servit. præd. rust. l. proprium* 5. *in fine ff. commun. prædior.* junct. *l. nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. juris*. Nec proprietarius aut fructuarius eam, quæ prædio fructuario debita est: *l. sed si quid* 15. §. *ult. ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Nec tutor servitutem prædio pupillari constitutam: *l. sed si pecunia* 5. §. *pen. ff. de rebus eor. qui sub tut. vel cura*. Nec maritus eam, quæ prædio dotali debetur: *l. Julianus* 5. *ff. de fundo dotali:* nisi per indirectum, dum sibi emit prædium, serviens prædio sibi in dotem dato, iterumque stante matrimonio alienat servitute non renovata; quo tamen casu ad servitutis æstimationem maritus soluto matrimonio obligatus efficitur; sed &, si solvendo non sit; utiles uxori ad servitutem restaurandam actiones dantur: *l. si maritus fundum* 7. *pr. ff. de fundo dot.*

7 Non utendo insuper servitutes pereunt, decennio quidem inter præsentes, vicennio inter absentes: *l. pen. C. de servitut. & aqua:* etsi servitutis usus aliquo modo ex conventione interruptus sit, dum vel alternis tantum diebus, vel horis alternis; vel tantum de die, vel tantum de nocte aqua duci, iri, agi potest: *l. si sic* 7. *ff. h. t.* Plane, si alternis tantum annis, alternisve mensibus, vel sola æstate, vel sola hieme, vel singulis demum quinquenniis semel, servitutis exercitium permissum sit, duplicato demum tempore seu annis viginti servitutes evanescere dicendum est, nulla tunc inter præsentes aut absentes distinctione servata: arg. *d. l.* 7. *ff. h. t.* junct. *l. ult. C. de servitut. & aqua*. Cum enim jure veteri tempus usucapiendi liberationem a servitute biennium esset, sive inter præsentes sive inter absentes, & in servitutibus hisce, quas DD. appellant *discontinuas*, duplicatum tempus esset præfinitum: *d. l.* 7. Justiniano placuit, jure etiam novo simpliciter duplicare auctum decennii tempus, & ita vicennium præscribere: *d. l. ult.* in qua lege dum vicennio absque distinctione dicitur amitti servitus, quæ singulis quinquenniis uno tantum die transitum per agrum alterius permittebat, (quæque propterea secundum juris veteris dispositionem summæ difficultati erat involuta, quia ne intra duplicatum quidem biennii tempus redibat servitutis hujus exercendæ vicissitudo) consequens est, ut vicennio quoque, non vero duplicato inter absentes vicennio, præscriptio fiat illarum servitutum discontinuarum, quarum usus vicissitudinarius alternis annis mensibusve, adeoque frequentius recurrit. Cæterum etsi nonnullis placuerit pragmaticis, etiamnum hodie illud decennii aut vicennii tempus ad libertatis præscriptionem sufficere; nec id ratione careat; cum & de libertate reducenda, adeoque liberatione agatur, cui favendum; & læsio minor per servitutis amissionem inferatur: Responsa JCtor. Holl. *part.* 1. *consil.* 199. *post med.* quia tamen ad immobilium præscriptionem ex hodierno jure id spatium non sufficit, sed triente seculi, aut secundum alios, triginta annis opus est; & immobilium exemplo servitutes præscriptione acquiri ac amitti obtinuit: *l. si aquam* 2. *l. pen. C. de servit. & aqua: l. ult. in fine Cod. de præscript. longi temp. decem vel vig. ann.* junct. *l. nihil tam naturale* 55. *ff. de reg. juris:* magis est, ut in servitutibus quoque trientis seculi decursum exigamus. Hugo Grotius *d. libr.* 2. *cap.* 57. *n.* 9. *& seqq.* Leeuwen *cens. forens. d. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 14. *n. ult.*

8 An vero in hac liberatione a servitute, quæ per præscriptionem contingit, tempora prædecessoris, veluti venditoris, conjungi debeant cum temporibus successoris, non adeo expeditum est: etenim integro statuto tempore eundem præscribentem in possessiona libertatis perseverare debuisse, Julianus auctor est: *l. si ædes* 52. §. 1. *ff. de servitut. præd. urban.* Contra, tempora prædecessoris & successoris conjungi, & juncta ad amissionem sufficere, Paulus tradidit: *l. si quis alia* 18. §. 1. *ff. h. t.* Cujacius ut difficultatem tollat, *in comment. ad l.* 4. §. *si viam* 27. *ff. de usurpat. & usucap.* & cum eo Wissenbachius *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disp.* 20. *n.* 27. inter urbanas & rusticas servitutes hac in parte differentiam constituit; quasi in rusticis amittendis tempus, quo venditor usus non est, emptori computetur: *d. l.* 18. §. 1. *ff. h. t.* in urbanis tempus, quo venditor possedit ædes, cum interpositione facti, quod servituti adversatur, emptori non imputari in usucapienda ædium libertate: *d. l.* 52. §. 1. *ff. de servitut. præd. urb.* Sed magis est, ut ex temporis diversitate conciliatio petatur: cum enim illa possessionis continuatio inter venditorem & emptorem, legantem & legatarium, similesque, demum rescripto Severi & Antonini inducta fuerit, ante non admissa: §. *pen. Instit. de usucapionibus:* necesse fuit, Julianum, qui auctor est *d. l.* 52. & ante Severum at-

que

que Antoninum sub Hadriano floruit, ita respondere, convenienter juri tunc recepto; nec ponere potuisse temporis continuationem, inter venditores emptoresque postea demum Imperatorum posteriorum constitutione sancitam. Paulum ex adverso Severo demum & Antonino Caracalla imperante celebrem, continuationem possessionis per rescriptum principale jam ante emissum, sibique notum, admisisse, sicut & admisit in *l. id tempus* 14. *ff. de usurp. & usucap.*

9 Videtur autem non usus esse servitute, qui eam quidem exercuit, sed non ut servitutem, dum per constitutam servitute viam ivit longo tempore, tanquam per publicam aut vicinalem: *l. ult. ff. h. t. l. ult. ff. de itinere act. priv.* uti &, qui per constitutum spatium alio utitur tempore, quam quo uti concessum erat; veluti de die, cum deberet de nocte uti: amittit enim nocturnam servitutem, qua usus non est, quæque diversa est ab aquæ diurnæ servitute; nec tamen eam, qua longo tempore usus est, acquirit, nisi omnia usucapionis requisita concurrant: *l. si communem* 10. §. 1. *l. si quis alia* 18. *ff. h. t. l. si prius* 17. *ff. de aqua & aquæ pluv. arcendæ: l. si diurnarum* 2. *ff. de aqua quotid. & æstiv.* Nec contrarium est in *l. cum constet.* 5. §. 1. *ff. de aqua quot. & æstiva:* cum appareat, illic utrumque statis aquam duxisse temporibus, neutrum quidem per se, sed alterum pro altero, permutatis ex conventione ducendi temporibus. Generaliter etenim in servitutibus necesse non est, ut ipse prædii dominantis dominus eandem exerceat; sed & alium quemcunque ea uti sufficit. Qua ratione per socium, per fructuarium, per bonæ fidei possessorem, per prædonem, per colonum, per mercenarium, per hospitem, per medicum, per procuratorem, per negotiorum gestorem, per amicum, quive ad visitandum dominum venit, servitutes retineri obtinuit: *l. servitus* 5. *l. qui fundum* 12. *l. usu retinetur* 20. *& ll. seqq. ff. h. t. l.* 1. §. *is cujus* 7. *l. inde* 3. §. 4. *&* 7. *ff. de itinere actuque priv.* si modo hi omnes prædii nomine, & quasi debita servitute, usi sint: *d. l.* 5. junct. *l.* 6. *& l. denique* 22. *ff. h. t.* Imo satis erit, quod aqua in aquæductu per canalem seu rivum sponte defluxerit: *l. qui fundum* 12. *ff. h. t.*

10 Cæterum si divisus sit regionibus fundus, non item usque circa servitutis amissionem non utendo contingentem servatur. Aut enim dominans prædium ita plures inter socios divisum est, aut serviens. Si dominans, perinde est, atque si ab initio duobus fundis separatis servitus constituta esset, & sibi quisque dominorum usurpat servitutem, sibi non utendo deperdit, nec amplius in ea re causæ eorum fundorum miscentur: *l. nam satis* 6. §. 1. *in pr. ff. h. t.* Sin ita divisus sit fundus serviens; videndum, utrum certus ac finitus viæ locus sit, an vero ita constitutum sit viæ jus, ut per quamlibet fundi partem ire agere liceat, idque vel subinde mutare. Si finitus viæ locus sit, tunc si per longitudinem viæ fundus divisus est, eadem omnia servanda sunt, quæ, si initio constituendæ servitutis hic duo fundi fuissent: *d. l.* 6. §. 1. *ante med.* adeoque vel per unum eundo fundum, tota servitus retinetur, etsi per alterum itum non sit: *l. una est via* 18. *ff. de servit. præd. rustic.* Si vero per latitudinem viæ divisus sit fundus, tum manet idem jus servitutis, quod fundo indiviso fuerat; nec aut usu detineri, aut non utendo deperire, nisi tota via potest: nec, si forte inciderit, ut semita, adeoque ea viæ parte qua itur, quæ per alterum dumtaxat fundum erat, uteretur, idcirco alter fundus liberabitur; quoniam unum, atque eo modo individuum, viæ jus est: *d. l.* 6. §. 1. *circa med.* Sane si sic fundus divisus sit per latitudinem, ut totum assignatum viæ spatium in una tantum parte fundi divisi existat, non dubium, quin illa sola pars in posterum servire debeat, pars altera omnino libera sit penes eum, cui ex divisione obvenit, ac tanquam separatus fundus cœpit haberi, cum semel determinato ad serviendum loco, cæteræ partes agri liberæ sint: *l. certo* 13. §. *si totus* 1. *ff. de servitut. præd. rustic.* Quod si finitus viæ locus non sit, sed ita constitutum viæ jus, *ut per quamlibet partem fundi ire agere liceat, & subinde mutare*, tunc, fundo serviente diviso, perinde observabitur, atque si ab initio duobus fundis duæ separatæ servitutes impositæ fuissent, ut altera retineri possit, altera non utendo deperire; dum prædii dominantis dominus post prædii ita servientis divisionem jus habens eundi agendi per utramlibet voluerit partem divisam, jam ut totum consideratam, per unam tantum partem statuto tempore ivit egitque: *d. l.* 6. §. 1. *post med. ff. h. t.* Nec adversatur, quod ita per divisionem prædii servientis deterior redditur conditio domini fundi dominantis, qui per unam tantum eundo agendo fundi non divisi partem, in altera quoque parte fundi retinuisset viæ jus; quod nunc ob divisionem non utendo amittit. Etenim pensatur hoc quale quale incommodum commodo alio majore, quod is, cui via sic debita est, post divisionem per duas pariter vias ire agere possit, hisque octonos in porrectum, & senos denos in anfractum habere pedes: *d. l.* 6. *in fine ff. h. t.*

11 Sunt tamen casus, quibus servitutes non utendo non amittuntur, puta, si necdum servitus constituta sit; aquæductu forte promisso, sed rivo necdum facto, aut aqua nondum inventa: *l. si partem* 19. *ff. h. t.* aut via duobus commune prædium habentibus legata, quamdiu de loco viæ legatarius uterque non consensit: *l. itinere* 28. *ff. de servit. præd. rustic.* Costalius *ad d. l.* 19. *ff. h. t.* Cæpolla *de servit. præd. urb. cap.* 21. *n.* 1. Ad hæc non perit servitus non utendo, si iter ad sepulchrum competat; cum ejus utendi occasio non nisi mortalitate, cujus incertum tempus, superveniente existat: *l. iter* 4. *ff. h. t.* aut si prædium dominans in totum ad pupillum pertineat, vel pupillo & majorenni commune sit: *l. si communem* 10. *ff. h. t.* In urbanis quoque servitutibus præscriptione amittendis solum non usum non sufficere, sed factum servituti contrarium ad usucapiendam libertatem concurrere debere, & in eo esse inter urbanas ac rusticas dissimilitudinem, a Gajo traditum est. Adeoque si ædes tuæ meis ædibus serviant, ne altius tollatur, neve luminibus officiatur, & ego per statutum tempus fenestras meas præfixas habuero vel obstruxero, ita

ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus ædes tuas altius sublatas habueris: alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem: *l. hæc autem* 6. *ff. de servitut. præd. urban. l. sequitur* 4. *§. ult. ff. de usurpat. & usucap.* sic ut ne arboris quidem plantatio ad libertatis præscriptionem hoc casu sufficiat: *l. quod autem* 7. *ff. de servit. præd. urb.* Similiter, cum haberes jus tigni immittendi, si vicinus statuto tempore ædificatum non habuerit, ideoque nec tu immittere potueris, servitutem non amittes, quia non potest videri vicinus usucepisse libertatem ædium suarum, qui jus tuum nullo facto contrario interpellavit: *l. si quis alia* 18. *§. ult. ff. h. t.* Adde Cujacium *ad l.* 4. *si viam* 27. *ff. de usucapion.* Ant. Fabrum *rational. ad d. l.* 18. *§. ult.* Besoldum *delib. juris ad Pand. lib.* 8. *quæst.* 18. Responsa JCtor. Holl. *part.* 1. *consil.* 199. *in med.* Quorum ea videtur esse diversitatis ratio, quod nihil tam naturale sit, quam unumquodque eo genere dissolvi, quo colligatum est: *l. nihil tam* 35. *ff. de reg. jur.* ac proinde, cum urbanæ servitutes per præscriptionem acquirantur non solo usu, sed concurrente facto, puta, immissione tignorum, ædificatione in alieno, oneris impositione, protectione supra alienum fundum, contrarium quoque factum cum non usu concurrere ad amissionem per præscriptionem, justum erat. At cum rusticæ servitutes solo possent usu acquiri, sine ullo facto alio præter usum eundi, agendi, ducendi, &c. *l. si quis* 10. *ff. si servit. vind.* non mirum si & solo non usu sine facti contrarii interventu extinguantur. Porro ex hac inter urbanas & rusticas servitutes differentia (ut hoc obiter addam) descendit & altera, quod ad urbanarum quidem amissionem jure præscriptionis contingentem requiratur præscribentis bona fides, eo quod & factum præscribentis desideratur: contra in rusticis præscriptionem libertatis non impediat, si prædii servientis dominus in mala fide sit, seu sciat suum prædium servire; cum satis sit ad amissionem, nullum ea servitute statuto tempore usum esse: *l. sequitur* 4. *§. si viam* 27. *ff. de usurpat. & usucap.* Rerum scilicet corporalium possessionem habere, retinere possum, licet non utar iis: servitutum vera possessio non est: & quasi possessio in servitutibus rusticis præcipue in usu consistit: quo usu deficiente ipsam quoque deficere quasi possessionem necesse est: & ideo, si viam habeam per tuum fundum, & tu me ab ea expuleris, per longum tempus non utendo, amittam viam, quia nec possideri intelligitur jus incorporale, nec de via quis, id est, mero jure detruditur: *d. l.* Adde Rævardum *in Triboniano, seu, de veris usucapionum differentiis, fere in pr. pag. mihi* 667. 668.

12 Si quis per longum tempus itinere actu via latiore vel angustiore usus sit, aut alio vehiculi genere, quam quo uti debebat, aut amplius oneris, quam licuit, vexerit, aut majorem minoremve duxerit aquæ copiam, quam ab initio constitutum fuerat, non ideo servitutem amittit, quia hic magis plus, quam aliud egisse censetur; sed nec plus, quam pactum est, jure servitutis retinere aut in posterum facere ei permittitur: *l. is, cui via* 11. *ff. h. t. l.* 1. *§. Trebatius* 18. *ff. de aqua quotid. & æstiva:* non magis, quam majorem ducere aquæ copiam, si aquæductus pluribus prædiis per eundem rivum concessus fuerit, & unus eorum jus suum non utendo amisisse proponatur: *l. aquam* 16. *ff. h. t.* Sed &, si iter & actum habens, longo tempore tantum iverit, actum non periisse, responsum est: *l. qui iter* 2. *ff. h. t.* Idemque est, si per plures fundos sibi contiguos quis habuerit eundi jus, & tempore statuto per unum tantum ierit; nam & per reliquos eundi jus ei servatur: *l. una est via* 18. *ff. de servit. præd. rustic.* Cui simile est, si quis non toto itinere usus sit, sed parte tantum, vel non ad omnes fundi partes, ad quas ducere poterat, aquam duxerit: plenam enim servitutem, uti concessa est, nihilominus salvam habet: *l. si stillicidii* 8. *§.* 1. *l.* 9. *ff. h. t.*

13 Amplius, resoluto jure concedentis servitutem, jus quoque servitutis resolvi necesse est: veluti si hæres rei sub conditione legatæ, eadem pendente, servitutem imposuerit: res enim libera legatario acquiretur, existente deinde legati conditione: *l. si fundum* 105. *ff. de condit. & demonstrat. l. is cui via* 11. *§.* 1. *ff. h. t.* Nec aliud dicendum, si vasallus prædium feudale reddiderit servituti obnoxium, postea vero feudum domino directo aperiatur: *lib.* 2. *feud. tit.* 8. *vers. rei.*

14 Denique secundum hodiernos Hollandiæ & aliarum regionum mores servitutem impositam evanescere receptum est, quoties prædium serviens præmissis publicis edictis, citatis omnibus, qui jus aliquod in eo sibi competere arbitrantur, reliquisque intervenientibus decreti publici solemnibus, alienatum traditumque fuerit, nec intercesserit, ac jus suum servitutis mature manifestaverit ita solemniter admonitus dominus prædii dominantis. Claude le Brun *Procès civil. lib.* 1. *§.* 90. *n.* 9. arg. *l. si eo tempore* 6. *C. de remiss. pign.* nisi ad oculum servitus pateat, veluti stillicidii, cloacæ, aut similis; vel ita manifesto in possessione servitutis sit is, cui ea debita est, ut executor vel curator bonorum etiam post sequestrationem passus sit, illum ea servitute uti. Claude le Brun *Procès civil. lib.* 1. *art.* 90. *n.* 9. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 48. Responsa JCtor. Holl. *part.* 2. *consil.* 6. Adde Christin. *ad Leg. Mechl. tit.* 11. *art.* 19. Imbertum *Instit. forens. lib.* 1. *cap.* 58. *lit.* d. Quæ sententia minus dubia est illis in locis, in quibus non aliter servitutes prædiales fundum servientem afficiunt jure reali, quam si coram lege loci impositæ sint; uti id de Hollandorum usu testatur Groenewegen ad *tit. Instit. de servitut. prædior.* & *in notis ad Hugo Grotium manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 36. *n.* 1.

LI-

LIBER NONUS

TITULUS PRIMUS

SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICATUR.

SUMMARIA.

1 *Quæ actiones & pœnæ obtineant, jure Romano vel hodierno; si animalia in alieno, vel publico, depascant, sive immissa ab alio, sive nullo immittente? & an actio de pastu etiam contineat lucrum speratum?*

2 *Quid juris si meum animal depascat in meo glandes alienas in meo cadentes? vel se horreo alieno applicet, ibique depascat?*

3 *An animal alienum in meo depascens includere possim pro damno? & quid moribus?*

4 *Quo sensu equus calcitrosus, & bos cornu petere solitus, nocere dicatur contra naturam sui generis? quando directæ, quando utili actioni de pauperie etiam ex facto animalis feri locus sit. Qualis actio detur, si alius instigaverit?*

5 *Recensentur species factorum nobiliores, quibus actio de pauperie locum habet, in arietibus & bobus inter se commissis, equis mulis sine causa calce percutientibus, vel aliud animal concitantibus; quod tertio damnum dat, vel cessim euntibus, si plaustro recedente homo obtritus sit, & similibus.*

6 *Quid juris, si canis sponte, vel alieno instigatu, aut culpa nocuerit, ligatus aut solutus?*

7 *Quibus, & contra quos tum directa tum utilis de pauperie actio detur?*

8 *Ad quid tendant? an & deformitatis similiumque habenda ratio, si homini libero nocitum sit, jure civili, ac moribus? & an adhuc hodie supersit facultas noxæ dandi animal?*

1 Damnum vel ab animalibus dari potest, vel ab hominibus, iisque vel liberis vel servis. Quod ab animalibus datur, pauperies dicitur, & definitur, damnum sine injuria facientis datum; nec enim potest animal injuriam fecisse dici, quod sensu caret: *princ. Instit. h. t. l. 1. §. ait prætor 3. ff. h. t. Nulla est injuria*, inquit Seneca 2. *de ira cap.* 26. *nisi a consilio profecta: nocere nobis animalia possunt, ut ferrum, ut lapis, injuriam quidem facere non possunt.* Nocet vero animal vel secundum, vel contra naturam sui generis. Secundum naturam, cum in alieno depascit; propter quod variæ pro circumstantiarum varietate actiones comparatæ sunt. Si enim id evenerit alio immittente, sive domino animalis sive extraneo, actione ex lege Aquilia utili conveniri potest, qui immisit, cum damnum tale immittentis injuria illatum sit, & de hoc casu intelligendum, quod in *l. ult. C. de lege Aquilia* rescriptum fuit, de his, quæ per injuriam depasta contendebantur, ex sententia legis Aquiliæ agi posse. Sed & aliquando criminale ob immissionem judicium est, puta, si militum animalia in pascua publica immittantur; in quantum immittentes puniuntur pœna duodecim librarum auri fisco applicanda: *l. insignis* 2. *C. de pascuis publicis*. Quæ tamen pœna contra alios non militantes non obtinet, sed animalis immissi publicationem sufficere visum fuit: *l. 1. C. de fundis & saltibus rei dominicæ*. Quo modo & nostris moribus, si pecora oberrent ac pascantur in vallis ac mœnibus munimentorum, castellorum, urbiumve præsidiariarum, animalium pascentium publicatio probata est, imposita insuper reparatione damni, munimentis per animalia illati: qua de re varia extant decreta *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 463. *in fine & pag.* 465. Passim quoque mulctæ, sed leviores, inductæ contra eos, quorum animalia in viis ruralibus tum publicis tum vicinalibus vagantur & depascunt; quo tamen casu non aliter mulctandus videtur animalium dominus, quam si aliqua ipsius negligentia appareat: nam si probabile sit, facto tertii, licet incerti, ea fuisse ex pascuis aut stabulis privatis in publicam emissa viam, porta reserata, sæpimento aperto; similibusque modis, vix est, ut mulctæ locus fiat. Responsa JCtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 20. Sande *decis. Frisic. lib.* 5. *tit.* 7. *defin.* 6. Quod si, nullo immittente, animal alterius in alieno depascat, locus est actioni civili de pastu pecorum ex lege 12. tabularum, quæ domino agri competit, adversus dominum animalis depascentis: *l. qui servandarum* 14. *§. ult. ff. de præscript. verbis*: ad damni dati & sperati lucri interversi reparationem, adeoque quanti valuisset frumentum, si maturuisset, quod nunc in herba adhuc & viridi stans depastum est: si enim homine libero mutilato speratarum quoque operarum, quibus læsus in posterum cariturus est, æstimatio præstanda sit: *l. ex hac lege* 3. *in fine: ff. h. t.* atque insuper ei, quod interest, non modo insit, quod alicui abest, sed & quan-

quantum lucrari potuit: *l. si commissa* 13. *ff. ratam rem haberi:* causa nulla est, quo minus & hic lucri, jam spe devorati, sed impediti, ratio in condemnando habeatur, nisi secundum ordinariam actionum noxalium naturam dominus noxæ dando liberari malit: id enim in pastu quoque locum habere, ex Paulo constat *recept. sentent. lib.* 1. *tit.* 15.

2 Ut autem huic actioni locus sit, necesse est, ut animal in alieno depascat; unde, si glans ex arbore mea in fundum tuum cadat, tuque eam immisso pecore depascas, non hac de pastu actione, sed in factum agendum erit: *d. l.* 14. *§. ult. ff. de præscriptis verb.* Si tamen in alieno quidem agro animal non depascat, sed alieno sese applicans horreo aut acervo, fructus a solo jam separatos absumat, non dubium, quin utilis saltem de pastu actio admittenda sit; cum utique verum sit, in alieno depastum esse, quod ipsum sufficere videtur, ut de pastu agi possit: arg. *d. l.* 14. *§. ult.*

3 Cæterum deprehensum animal alienum in suo depascens agri dominus non jure includit, donec damnum reparatum fuerit; sed tantum expellere ei liberum est, idque sine atrocitate, quo modo, si suum deprehendisset: *l. Quintus Mucius* 39. *§.* 1. *ff. ad leg. Aquil.* Etsi enim ratis tuæ, vi fluminis in agrum meum delatæ, non aliter tibi potestatem facere tenear, quam si tu damnum mihi datum resarcieris, aut saltem præstiteris de damno præterito reparando cautionem: *l. ratis* 8. *ff. de incend. ruin. naufrag. l. hoc amplius* 9. *§. Neratius* 5. *ff. de damno infect.* id tamen ad animalia in alieno pascentia haud visum fuit porrigendum; eo quod ex retentione rerum inanimatarum, quæ sine alitura asservantur, non adeo facile rebus ipsis damnum imminet, atque quidem id metuendum est in animalibus, alimonia indigentibus ac cura diligentiore. Sed moribus nostris id, quod de nave dictum, etiam hactenus in animalibus admitti placuit, ut domino agri vel colono, cujus frugibus ex pastu nocitum, liceat pecus alienum in suo deprehensum publico seu dominico stabulo includere, donec damni depascendo dati æstimatio soluta fuerit, aut animal ipsum noxæ datum. Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 38. *n.* 14. Groenewegen ad *d. l.* 39. *§.* 1. *ff. ad leg. Aquil.* & ad *l.* 1. *C. de fundis & saltibus rei dominicæ.* Parens p. mem. Paulus Voet ad *§.* 1. *Inst. h. t. n.* 4. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 5. *cap.* 31. *n.* 4. Adde Carpzovium *defin. for. part.* 2. *constit.* 27. *defin.* 1. 2. Peckium *de jure sistendi cap.* 2. *n.* 2. Plane privato includere stabulo, aut alia, quam dictum ratione privatim retinere pecora ob pastum, nec hodie permissum est: ac remansere in reliquis etiamnum hodie, quæ jure Romano de pastu cauta sunt. Confer Hug. Grotium *d. lib.* 3. *cap.* 38. *n.* 13. 14.

4 Contra naturam nocere dicuntur animalia, quoties mansueta feritatem assumunt; dum equus calce percutit, bos cornu petit, etsi calcitrosus equus sit, ac bos cornu petere solitus. Cum enim bos & equus una cum aliis pecudum appellatione venientibus gregatim sub imperio pastoris pasci soleat, nec nocere, quatenus mansuetis quadrupedibus accensetur, recte dicitur contra sui generis naturam damnum dare, quando feritate commota calce vel cornu ferit: *pr. Inst. h. t. l.* 1. *§. itaque* 4. *ff. h. t.* Hac ergo ratione si quadrupes nocuerit, siquidem concitante eo ipso, qui læsus est, nec in dominum nec in animalis custodem ulla actio est, cum pro damno habendum non sit, quod sua quisque culpa sensit. Paulus *recept. sent. lib.* 1. *tit.* 15. *in fine:* arg. *l. quod quis ex culpa* 203. *ff. de reg. juris: l. hæc actio* 2. *§.* 1. *ff. h. t.* Si alio instigante, vel causam dante, nulla contra animalis dominum actio de pauperie, sed utilis ex lege Aquilia datur contra instigantem, aut causam damno præbentem, veluti, si plus justo onerata quadrupes onus in aliquem everterit, aliisque modis, de quibus latius *tit. seq. de lege Aquilia.* Vide *l.* 1. *§.* 4. 5. 6. 7. 8. *ff. h. t.* Si vero sponte commota quadrupes læserit, actio de pauperie est, eaque vel directa vel utilis. Directa datur, cum quadrupes, quæ gregatim pascitur, damnum intulit; utilis, cum læsit animal natura quidem ferum, sed cicuratum, aut etiam adhuc ferum, sed quod ab aliquo tanquam domino possidetur, quod puto velle Jurisconsultum, cum in *l. hæc actio* 4. *ff. h. t.* monet, hanc actionem utilem competere, etsi non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit. Quod & evincitur argumento ducto a contrario sensu ex *pr. Inst. h. t.* & *l.* 1. *§. in bestiis* 10. *ff. h. t.* Si enim tunc, cum ursus fugit, & sic nocuit, non possit quondam dominus conveniri; quia desiit dominus esse, ubi fera evasit; usque adeo ut post evasionem occidenti seu occupanti cedat: *dd. ll.* consequens est, ut adhuc possidens feram, damnum dantem, jure conveniatur. Denique etiam id aperte satis declarat Imp. *in §. ult. Instit. h. t.* dum ait, eum, qui canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habuit, qua vulgo iter fit, non modo ex ædilitio edicto, sed & de pauperie actione teneri. Quod ergo in lege 12. tabularum simpliciter *quadrupedis* mentio facta est: *l.* 1. *pr. ff. h. t.* & hæc actio ad *omnes* dicitur *quadrupedes* pertinere: *d. l.* 1. *§.* 2. *ff. h. t.* id ad quadrupedes eas, quæ gregatim pascuntur, restringendum esse, vel inde manifestum est, quod Ulpianus in *d. l.* 1. *§. in bestiis* 10. subjungit, *in bestiis*, veluti ursis, *propter naturalem*, id est, genitalem *feritatem*, huic actioni locum non esse. Directæ scilicet ex verbis legis 12. tabularum descendenti locus in hisce non est; utilem tamen ex interpretatione prudentum admissam fuisse, non negatur; & alibi a Paulo evidenter proponitur in *d. l.* 4. *ff. h. t.*

5 Sed missis hisce nimiis aliquando Romani juris circa directas & utiles actiones scrupulositatibus, exempla præcipua propius consideremus. Agasoni, cum equum in tabernam duceret, mulamque equus olfaceret, mula vero calce rejiciens crus Agasoni fregisset, actionem hanc de pauperie contra dominum mulæ dandam esse, Alfenus respondit *l. ult. ff. h. t.* Eidem actioni Ulpianus locum fecit, si equum permulserit quis, vel palpatus sit, & is eum calce percusserit: neque enim palpatio illa, concitatio est, quæ hanc faceret cessare actionem: *l.* 1. *§. & generaliter* 7. *ff. h. t.* Sed & si quadrupes tua dolo alterius damnum mihi dederit, dum forte tertius, equum tuum calcitrosum esse sciens, me dolo in-

induxit, ut accedam, neque tamen concitavit, de pauperie cum domino recte agitur: etsi de dolo quoque persuadens conveniri possit, si dominus solvendo non sit, nec animal a domino noxæ datum: facta enim noxæ deditione, ne in id quidem, quod excedit, doli actio est: *l. & eleganter* 7. §. *si quadrupes* 6. *ff. de dolo*. Similiter, cum arietes vel boves commisissent, & alter alterum occidit, si quidem non constet, uter aggressionem fecerit, actio nulla est: arg. *l. scientiam* 45. §. *cum stramenta* 3. *ff. ad legem Aquil.* Sin id appareat, & is perierit, qui non provocaverat, actionem competere traditum est: nam si is, qui aggressus est, interemptus sit, nulla in animalis occidentis dominum actio danda; cum & in brutis quædam juris similitudo sit, atque adeo moderaminis inculpatæ tutelæ simulacrum probatum: *l.* 1. §. *cum arietes* 11. *ff. h. t.* Quin imo si quadrupes alia aliam sic concitaverit, ut concitata damnum daret, cum domino ejus, quæ concitavit, non ejus, quæ corpore nocuit, agendum est, adeoque cum bovis domino, si equum a bove cornu petitum, ac repercutientem, porcum tertii peremisse proponas: *l.* 1. §. *& si alia* 8. *ff. h. t.* arg. *l. si ex plagis* 52. §. *in clivo* 2. *in fine ff. ad leg. Aquil.* Non enim necesse est, ut corpore suo pauperiem quadrupes fecerit, sed vel per aliam rem, quam tetigit quadrupes, damnum datum esse satis est: nam & si bos plaustro obtrivit aliquem, aut alia re dejecta, si jumenta sine causa turbata cessim eant, aut semet ipsa eripiant, & feratur equis auriga, nec currus audiat habenas, hæc actio locum habet: *d. l.* 1. §. *sive autem* 9. *ff. h. t. d. l. si ex plagis* 52. §. *in clivo* 2. *ff. ad leg. Aquil.* Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 38. *n.* 15. quo casu etiam, si homines læsi sint, currus cum equis fisco cedit, hodierno jure. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 5. *cap.* 31. *n.* 9. Sane, si quadrupedes nulla feritate commotæ, sed casu damnum dederint, dum forte equis ac mulis plaustrum in clivo ducentibus ac collapsis, plaustrum cessim ire cœpit, ac retro rediens adstantem contrivit, nec in dominum, nec in alium actio danda est, quoties nulla cujusquam culpa concurrit: *d. l.* 52. §. 2. *ff. ad leg. Aquil.*

6 Canem quod attinet, (de cujus damno lege *Pesulania*, aut forte rectius, *Colonia* cautum fuisse testatur Paulus *recept. sent. lib.* 1. *tit.* 15. Plutarchus *in vita Solonis*) si quidem ferocior in taberna habitus fuerit solutus, & morsu læserit ingredientem, agi posse canis nomine quidam putant; at si ligatus fuerit, contra esse: *l. hæc actio* 2. §. 1. *ff. h. t.* Adde Paulum *d. tit.* 15. nec male, cum vinculis quisquis satis admoneatur, ut canem caveat, tanquam mordacem. Sed &, si canis, cum duceretur ab aliquo, asperitate sua evaserit, & alicui damnum dederit, vel oves, gallinas, anseres alienas occiderit, si contineri firmius ab alio potuerit, vel per eum locum duci non debuerit, cessante hac actione de pauperie, contra ducentem utili Aquiliæ locus est: *l.* 1. §. *sed & si* 5. *ff. h. t. l. item Mela* 11. §. *item cum eo* 5. *ff. ad leg. Aquil.* si vero a nullo ductus, instigatu alieno nocuerit, in factum actione instigans tenetur: *d. l.* 1. §. 6. *ff. h. t. d. l.* 11. §. 5. *ff. ad leg. Aquil.* quibus in casibus nec noxæ deditione liberatio contingit, secundum ordinariam actionis, ob culpam ex lege Aquilia descendentis, naturam: notante id etiam Grotio *d. lib.* 3. *cap.* 38. *n.* 16. Quod si neque ducentis, neque instigantis, ulla culpa sit, utili actioni de pauperie, cum actione in factum ex ædilitio edicto concurrenti, contra dominum locum fieri, jam ante probatum est ex §. *ult. in fine Inst. h. t.*

7 Utrique tum directæ tum utili de pauperie actioni communia sunt, quod non soli domino rei, quæ læsa est, dentur, sed & ei, cujus interest, & hæredibus ejus: *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *ff. h. t.* contra illum, qui tempore actionis institutæ animal jure dominii possidet, licet damni dati tempore dominus non fuerit; cum noxa caput sequatur: *l.* 1. §. *& cum etiam* 12. *ff. h. t.* uti & adversus hæredes, non qua successores, sed qua dominos animalis: *d. l.* 1. §. *ult. ff. h. t.* Quin etiam contra eos, qui liti sese obtulerunt quasi possiderent: *l. si quis in jure* 7. *l.* 8. *ff. de interrog. in jure faciend.* aut dolo malo possidere desierunt; quo casu in arbitrio læsi est, utrum pristinum, an novum dominum convenire velit: arg. *l. de illo* 24. *l.* 25. 26. *ff. de noxal. action.* contra bonæ fidei possessores eo modo, quo & cæteræ noxales actiones, *de quo in seq. tit.* 4. Si plures sint domini, contra singulos in solidum; ut tamen unius præstatione cæteri liberentur: *l.* 1. §. *noxæ autem* 14. *ff. h. t.* idemque est, si plures unius domini hæredes sint, quippe quos non qua successores, sed eo jure, quo domini sunt, conveniendos esse, dictum est: arg. *l.* 1. *in fine ff. h. t.* Gomezius *var. resolut. tom.* 2. *cap.* 10. *n.* 13.

8 Tendunt hæ actiones ad id, ut damnum reparetur, aut animal noxæ detur: *l.* 1. §. *cum arietes* 11. *& seqq. ff. h. t. pr. Instit. h. t.* exceptis quibusdam casibus, quibus cessat noxæ dedendi facultas, *tit.* 4. recensendis. Si homini libero nocitum sit, non dubium, quin hac actione recte agatur ad impendia in curationem facta, & æstimationem operarum, quibus læsus caruit ac in posterum cariturus est, inutilis factus: *l. ex hac lege* 5. *ff. h. t.* quod tamen Frisiis displicuisse, notat Sande *decis. Frisic. lib.* 5. *tit.* 7. *defin.* 5. *in fine*. Deformitatis, cicatricum, doloris rationem haberi leges Romanæ non patiuntur; cum liberum corpus æstimationem non recipiat: *d. l.* 3. *l.* 1. §. *sed cum homo* 5. *l. ult. ff. de his qui dejecer. vel effud.* Sed hodiernis moribus etiam horum fieri ac præstari æstimationem, obtinuit. Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 34. *n.* 5. 6. Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 1. *Instit. h. t. n.* 4. Adde *tit. seq. de lege Aquilia*: manente in reliquis apud nos intacta Romani juris definitione, etiam quantum ad ipsam noxæ dandi licentiam, & subsequentem inde liberationem, ut supra dictum.

TI-

TITULUS II.

Ad Legem Aquiliam.

SUMMARIA.

1 *Auctor legis Aquiliæ non fuit Gallus Aquilius.*
2 *Quibus legibus anterioribus per legem Aquiliam derogatum fuerit, quibus non?*
3 *Lege Aquilia non fuit coercitum damnum, quod tantum omittendo datum fuit; & adstruitur distinctio inter culpam commissionis & omissionis.*
4 *Quid primo capite legis Aquiliæ cautum fuerit?*
5 *Capite secundo probabiliter actum fuisse de moribus servi corruptis, arguitur; nec ejus disquisitionem inutilem esse, imo caput secundum non in universum fuisse sublatum, si quis ex eo experiri vellet.*
6 *Quid capite tertio? non fuisse habitam in hac lege rationem æstimationis ex affectione, sed communi opinione, ac præter æstimationem venire etiam id quod interest, modo certum sit, non incertum. Lis quoque ex inficiatione crescit in duplum; quod tamen in casibus quibusdam fallit.*
7 *Qui egit ex capite tertio, potest adhuc agere ex capite primo, si quadrupes deinde ex eo vulnere moriatur; sed imputatur condemnatio prima in secundam; secus, si ex alio vulnere moreretur.*
8 *Si plures simul damnum dederint, singuli in solidum tenentur, nec unius præstatione cæteri liberantur.*
9 *Si prior vulneraverit vulnere certo certius lethali, alius dein alio vulnere occiderit, uterque de occiso tenetur: secus, si prius vulnus non fuerit certo certius lethale.*
10 *Directa legis Aquiliæ actio dominis datur, licet temporale habeant dominium, & res jam alienata vel extincta sit. Utilis etiam fructuario, bonæ fidei possessori, creditori hypothecario. An & commodatario vel fulloni ex jure Romano, & moribus?*
11 *Utilis actio datur etiam ob hominem liberum, vulneratum, vel occisum; qui tunc agere possint, & ad quid, tum jure civili, tum hodierno? Et quid, si concurrant, uxor, parentes, liberi ejus, qui occisus?*
12 *Dantur hæ actiones adversus eos, qui damnum dederunt, aut se dedisse confessi sunt. An & quo usque detur contra hæredes jure civili & moribus? An actio ad mulctam hodie contra hæredes detur, & an uno ex pluribus lædentibus mulctam solvente reliqui liberentur?*
13 *Coercetur hac actione non tantum dolus, sed & culpa, etiam levissima.*
14 *Variæ constituuntur classes eorum, qui ex damno dato tenentur.*
15 *Recensentur, qui per occasionem muneris, aut dum in re licita versantur, læserunt; ubi de magistro puerum discipulum castigante, magistratu injuriosum quid faciente, de navigiis impactis in navem aut scapham, aut retia piscatoria, aut portuum munitiones, deque funibus amputandis &c.*
16 *An navibus collisis, etiam damnum sarciendum, quod postea ex nova causa supervenit, sed prioris damni occasione? & quo modo merces æstimandæ, quæ cum nave per collisionem mersa perierunt?*
17 *De cisiariis, plaustrariis, alios antevertere studentibus, onus male componentibus; aut plaustro cessim eunte in clivo; de his qui vel se vel jumenta plus justo onerantes, efficiunt, ut onus lapsu in alium evertatur; de tonsore tondente in loco periculoso & gula servo præcisa.*
18 *De putatore & machinario ramos aut trabem in prætereuntes dejiciente, & de his qui foveas faciunt aut laqueos ponunt feræ capiendæ causa, si animal alienum in ea inciderit?*
19 *De fornacario, ad fornacem dormiente, ignem in stipulam suam immittente; sclopetum in tecta straminea displodente, aliisque incendio causam præbentibus.*
20 *Orto in ædibus incendio, an inhabitanti, an magis locatori aut vicinis læsis probatio incumbat respectu culpæ?*
21 *Quid, si tempore orti incendii unus tantum fuerit in ædibus? Quid, si contra legem locationis in certa ædium parte ignis sit habitus, & ex eo loco incendium oriatur?*
22 *De eo qui furem nocturnum aut diurnum, vel latronem sibi insidiantem vel alium adstantem, occidit; & an liceat alium occidere pro defensione vel recuperatione bonorum?*
23 *De medicis, pharmacopolis, obstetricibus, artificibus, aliisque, qui imperitia læserunt, gemmas aut alias res sibi commissas confregerunt, impetum equorum retinere non potuerunt.*
24 *De illis, qui, dum se jaculis exercent, transeuntem lædunt, vel pila ludentes, alium pilæ intercipiendæ causa evertunt; in colluctatione, pugillatu, aut pancratio, lædunt; per stramenta ardentia transilientes alium sibi in flamma obvium evertunt, festivo tempore Palilitorum.*
25 *Recensentur plures, qui tenentur, dum causam damno dederunt, impulsu naturali, concitatione, hortatu, consilio, auxilio.*
26 *Enumerantur plurimæ aliæ species damni per petulantiam aut temeritatem aut malitiam dati, atque inter eas nocturnæ grassationes, vitrorum confractiones, animalium nimiæ agitationes, turbationes, fugationes, in angustum coactiones &c.*
27 *Cessat actio legis Aquiliæ, si quid illicite quidem factum sit, sed nullum inde damnum secutum, quod exemplis illustratur.*
28 *Cessat, si damnum jure datum sit, dum quis in domo vel navi sua vim patitur. Quid juris, si quis incendii a suis ædibus arcendi gratia vicinas ædes dejecerit?*

29 *Cessat, si damnum casu fortuito contigerit, vel ab infante aut furioso detur. Quandoque damnum dicitur casu datum, dum dolus deest, licet culpa adsit.*

30 *Quando & quomodo cum actione legis Aquiliæ concurrere possit accusatio ex lege Cornelia de sicariis? & an alteri per alteram fiat præjudicium?*

31 *An concurrere possit cum actione injuriarum, servi corrupti, & similibus? an & cum actione depositi, commodati, locati &c. & an una intentata alteram perimat?*

1 Legem Aquiliam, seu plebiscitum, ab Aquilio quodam denominatam fuisse, uti dubio caret, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* ita, qualis ille Aquilius fuerit, quonam vixerit tempore, adnotatum non exstat, ideoque incertum est, cum plurium Aquiliorum Livius aliique meminerint rei Romanæ scriptores. Id unum constat, legis hujus auctorem non fuisse Gallum Aquilium, formularum quarundam stipulationis substitutionisque conceptione notum; quia hic inter præcipuos numeratur Quinti Mucii auditores: *l.* 2. §. *Mucii* 42. *ff. de orig. juris:* quem tamen Mucium suis in scriptis de lege Aquilia videmus disputantem: *l. Quintus Mucius* 39. *ff. h. t.* Ut eodem suo tempore Brutus quoque tractasse dicitur: *l. si servus servum* 27. §. *si mulier* 22. *h. t.* quem tamen & Gallo Aquilio & ipso Mucio, Galli præceptore, antiquiorem fuisse, Pomponius tradit *d. l.* 2. §. *post hos fuerunt* 39. *ff. de orig. juris*.

2 Derogatum fuit hac lege tum legibus duodecim tabularum, non pœnam sed damni reparationem imponentibus ei, qui culpa læsisset, ut docet Rævardus *ad l.* 12. *tabul. cap.* 24. tum aliis, simpliciter & in genere de damno injuria dato agentibus, qui sensus est verborum Ulpiani in *l.* 1. *pr. ff. h. t.* nam quantum ad leges attinet anteriores de hac vel illa peculiari damni dati specie agentes, veluti de arboribus furtim cæsis, nihil earum auctoritati & obligationi decessisse per subsecutam legem Aquiliam a Labeone & Paulo discimus, qui ob arbores furtim cæsas ex lege Aquilia & ex duodecim tabulis actionem ajunt dandam esse: *l.* 1. *ff. arborum furt. cæsar.* Donellus *comment. jur. civil. libr.* 21. *cap.* 3. *fere in pr. vers. prior ergo*.

3 Cum autem in jure nostro duplex culpa nota sit, puta commissionis, & omissionis, seu *in faciendo*, & *non faciendo* vel omittendo consistens: *l. si servum stipulatus* 91. *ff. de verb. oblig.* considerandum, coercitum per legem Aquiliam fuisse tantum omne damnum committendo seu faciendo, vel committendo & omittendo simul datum; non item illud, quod sola contingit omissione, quia durum nimis foret, propter levissimam in omittendo culpam aliquem ex delicto teneri: Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 7. 8. Vinnius *select. quæst. libr.* 1. *cap.* 33. *in pr.* Qua ratione, si fundi usumfructum habens agrum non proscindat, vites non subserat boni viri arbitratu, aquæductus corrumpi patiatur, ex lege Aquilia eum non teneri, Ulpianus scripsit *l. si cujus rei* 13. §. *de præteritis* 2. *in fine ff. de usufructu & quemad. quis utat.* quibus similia occurrunt in *l. qui domum* 57. *ff. locati*. Neque uspiam in jure nostro traditum invenio, eum verbi gratia, qui animal alterius in aquam delapsum, cum posset, non eduxerit, aut medicum venire detrectantem, fabrumve ædium ruinosarum fulturam nolentem suscipere, ob damnum ea cessatione contingens ex lege Aquilia reum fieri: etsi viri boni officio conveniret periclitantibus proximi rebus succurrere, si id sine sua possit læsione. Imo ne eum quidem, qui rem dare stipulanti promisit, de nuda negligentia & omissione teneri, responsum est *d. l.* 91. *ff. de verb. oblig.* Et sane, si pro damno sola omissionis culpa dato, legis Aquiliæ actio comparata esset, frustranea prorsus ac superflua foret exactio cautionis de damno infecto, quod ex necessariæ fulturæ vel refectionis omissione metuitur, quodque, si occideret, legis Aquiliæ beneficio reparandum foret: cum tamen Gajus scripserit, non interposita antea damni infecti cautione, nullam de damno dato actionem competere, si vicini ædes ruinosæ in meas ciciderint: *l. evenu* 6. *ff. de damno infect.* Ut proinde corruat argumentatio in contrarium, qua usus est Ant. Matthæus *ff. de criminibus libr.* 48. *tit.* 5. *cap.* 6. *n. ult.* quasi sine lege loquerentur, qui inter omissionis & commissionis culpam hac parte distinguunt, & simpliciter sine distinctione in legem Aquiliam levissima quoque culpa veniret: *l. in lege* 44. *ff. h. t.* cum d. lex ex aliarum legum jam adductarum argumentis restrictionem recipere debeat, ut aliis centenis accidit in locis. Neque adversantur exempla Medici bene secantis, sed deinde curationem derelinquentis, Fornacarii ad fornacem obdormientis, plaustrarii ex cujus plaustro lapis ceciderit, & quid fregerit ruperitve: deliquerunt namque hi omnes suscipiendo officium, ac susceptum non adimplendo. Liberum erat ipsis artem operamve suam alteri non addicere: at addictam implere necesse erat; in quo dum cessant, (derelinquendo curationem, ignem non extinguendo, vel non muniendo ne evagetur dum obdormirent, lapides in plaustro male componentes ut labi possent) suscipiendo æque ac non adimplendo peccasse intelliguntur: *l. idem juris* 8. *l. si servus servum* 27. §. *si fornacarius* 9. & §. *si ex plaustro* 33. *ff. h. t.*

4 Tria quondam hujus legis capita fuisse, patet ex Institutionibus *h. t.* & *l.* 2. *l. si servus* 27. §. 4. 5. *ff. h. t.* Primo cautum, ut qui alienum hominem alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero est, (de quibus vide §. 1. *Inst. h. t. l.* 2. §. *ult. ff. h. t.*) injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur: *pr. Inst. h. t. l.* 2. *ff. h. t.* anno non ex tempore mortis, sed magis ex tempore vulnerationis, retro computando, licet de eo dissensus fuerit: *l. ait lex* 21. §. *annus* 1. *l. ita vulneratus* 51. §. *æstimatio* 2. *ff. h. t.* Unde si quis servum alterius clandum, mancum, luscum, aliterve facto alieno vel casu mutilatum, depretiatumve necaverit, ad integri tamen servi æstimationem damnandus foret, si modo is eo anno integer aut pretiosior fuerit; etsi alter qui prior læserat, mutilationis istius æstimationem jam domino solvisset: §. *his autem verbis* 9. *Inst. h. t. l. inde* 23.

23. §. *item Julianus* 5. 5. 6. *ff. h. t.* Si quis servum sibi cum alio communem occidat, pro ea parte teneatur, pro qua dominus non est: *l. sed si communem* 19. *l.* 20. arg. *l. si servus servum* 27. §. *item si servus* 2. *ff. h. t.*

5 Altero capite, (quod in desuetudinem abiisse dicitur: §. *caput* 12. *Inst. h. t. l.* 27. §. *hujus legis* 4. *ff. h. t.*) de moribus servi corruptis actum fuisse probabile est; sic ut primum quidem caput de toto servo perempto, secundum de parte ejus nobiliore, puta animo corrupto, tertium autem de parte minus nobili, corpore scilicet læso, methodo quadam non inconcinna conceptum fuerit: tum quia credendum non est, Romanos, qui sua & aliorum gentium experientia edocti erant, quantum publice privatimque damnosi essent corrupti servorum mores, nulla lege vel pœna coercuisse corrumpentium malitiam, neque tamen legis ullius alterius hac de re commemorationem habet antiquitas: tum quia caput secundum non abrogatum, sed desuetudine inumbratum fuit; id vero contigisse ex eo merito conjeceris, quod introductam postea edicto prætorio actionem de servo corrupto, etiam contra non inficiantes in duplum comparatam, movere cives Romani maluerunt, quam eam, quæ ex capite secundo legis Aquiliæ descendebat, & non nisi in infeiantes in duplum dabatur, naturali ratione duce, pinguiora sterilioribus remedia præponentes; eo fere modo, quo & Ulpianus dixit, actionem de positis & suspensis non dari in eum, *qui habitavit, si id, quod positum erat, deciderit & nocuerit, quasi hæc actio non sufficiat*; quam tamen volenti accommodari & utilem quandoque esse posse, dicam *tit. seq. n.* 6. Juvatque hanc opinionem Ulpiani locus in *l. doli* 5. §. *hæc actio* 2. *ff. de servo corrupt.* dum ait, *hæc actio*, (de servo corrupto) *etiam adversus fatentem in duplum est, quamvis Aquilia inficiantem duntaxat coerceat*, ubi minus apposite Aquiliæ mentio esset, nisi & Aquilia lege de corruptis servorum moribus fuisset tractatum. Juvat & *l. dolo malo* 5. §. 1. junct. *l.* 4. *ff. de servo corrupto*: cum enim in *l.* 3. §. 1. quæreretur, an actio servi corrupti danda foret, si quis servo suasisset, ut tectum ascenderet, isque parens ascenderit, ac decidens crus fregerit, Ulpianus ait teneri suasorem, si dolo id fecerit, non item si culpa; Paulus ex adverso in *d. l.* 4. subjuncta statuit, *utili lege Aquilia commodius* eum teneri: nempe, non ex tertio capite, quasi corpus læsum esset, sed magis ex capite secundo; eo quod casus d. legis tertiæ non potuit videri propositus, tanquam respiciens corporis læsionem, sed magis, ut animi corruptionem concernens. Dat enim Ulpianus actionem de servo corrupto, quam non ad corporis mutilationem, sed tantum ad animi morumque deteriorationem pertinere certum est: *l.* 1. §. *persuadere* 5. *& seqq. l.* 2. *ff. de servo corrupto*. Consistit vero animi corruptio in specie d. legis tertiæ in eo, quod temere sese servus instigatu alieno in periculum conjecerit, tectum conscendendo, & ita temeritate sua domino damnum intulerit: nam & temeritas æque vitium est animi, quo servus minoris fit pretii, atque procacia, levitas, pigritia, protervia, furandi, fugiendi aliterve delinquendi propositum: *d. l.* 1. §. 3. 4. 5. *l.* 2. *ff. de serv. corrupt. l.* 1. §. *ult. l.* 2. 3. *ff. de ædilit. edicto*. Quod autem Paulus dixit, *utili Aquilia Lege commodius* teneri, id inde est, quia, licet actio de servo corrupto pinguior in eo sit, quod & citra inficiationem in duplum detur, tamen actio ex capite secundo legis Aquiliæ, in simplum concepta, utilior in eo fuit, quod non ob dolum tantum, sed & ob levem levissimamque culpam competeret. Cum ergo Ulpianus in *d. l.* 3. §. 1. inter dolum & culpam distinxisset, ac dolo posito actionem de servo corrupto concederet, non item culpa sola posita; &, uti vulgo, ita quoque in illa facti specie, non ita facilis esset animi dolosi probatio; Paulus merito in subjuncta lege quarta monuit, *commodius lege Aquilia utili* dominum experiri pro ista animi servilis corruptione. Nec dubito, quin Ulpianus, & cum eo Tribonianus, in *l.* 27. §. 4. *ff. h. t.* & *d.* §. 12. *Inst. h. t.* asserentes, caput secundum legis Aquiliæ in desuetudinem abiisse, id tantum voluerint, caput illud non abrogatum, sed minus frequentatum fuisse ob pinguiorem in duplum de servo corrupto actionem, secundum ante dicta: non tamen ita, quin, si quis vellet, si sibi crederet expedire, ex eo etiamnum agere posset; uti id eveniebat, cum morum servilium corruptio non a dolo alterius (quod in actione de servo corrupto omnino requirebatur) sed a sola culpa profluebat. Nisi enim eo casu legis Aquiliæ actionem ex capite secundo etiamnum superesse statuas, eo deveniendum necessario fuerit, ut existimes, Romanos magis corporis quam animi integritati in servis filiisquefamilias incubuisse, imo extra omnem legis pœnam reliquisse omnem, quæ non dolo sed culpa evenisset, morum in servis ac filiisfamilias corruptionem. Nec est quod quis existimet, ad caput tertium legis Aquiliæ pertinere illam facti speciem, quam Ulpianus & Paulus tractant in dicta *l.* 3. §. 1. *& l.* 4. si conferas §. *ult. Inst. h. t.* ideoque Paulum in *d. l.* 4. non directam sed utilem dare ex lege Aquilia actionem, quemadmodum utilis datur in *d.* §. *ult. Inst. h. t.* cum tamen non utilis, sed directa danda fuisset, si in capite secundo fuisset ex professo de moribus servi corruptis tractatum. Considerandum enim, si sola animi corruptio fuerit, propter quam & actio de servo corrupto inducta est, neque tamen ea ad corporis servilis læsionem pertinget, tantum ex capite secundo legis Aquiliæ actione directa agendum fuisse, tanquam ex verbis legis: at si animi corruptio etiam corporis læsionem post se traxerit, dum ille, cui persuadebatur, ut temeritate nimia tectum conscenderet, decidens, crus aut cervicem confregit, nihilominus actionem quidem directam ex capite secundo potuisse intentari, velut ob corruptos servi mores; sed tamen & utili actione ex capite tertio potuisse agi, tanquam ob damnum, non corpore, sed suasione non bona, in corpus datum: eo fere modo, quo ob solius animi vitium in servo vendito non redhibitoria data, sed ex empto actio sufficere visa fuit; & tamen, ubi illud animi vitium etiam ad corpus pertingebat, & corporis oberat ministerio, redhibitoria emptori ex ædilitio edicto experiri concessum fuit: arg. *l. ob quæ vitia* 4. §. 1. 2. 3. *ff.*

de

de ædilit. edict. nec tamen ideo minus actione ex empto, arbitrio & electione emptoris: *l. sciendum* 19. §. *dictum* 2. *ff. de ædilit. edict. l. ex empto* 11. §. *redhibitionem* 3. *ff. de act. empti.* De cætero verum non est, Paulum in *d. l.* 4. *ff. de servo corrupto* utilem ex lege Aquilia actionem dare: non enim ait, *utili actione Aquilia;* sed *utili lege Aquilia teneri* suasorem; id est, teneri ex lege Aquilia, quæ in casu illic proposito utilis adhuc erat, & utilior, quam ipsa actio de servo corrupto, quam Ulpianus dandam censuerat; idque, quia secundum superius dicta, æque ob culpam ac ob dolum ex lege Aquilia agi poterat, dum servi corrupti actio dolum requirit. Neque hæc de capitis secundi sententia disseruisse piget, cum illud ita explanatum sua etiam nunc non careat utilitate, si exemplo actionis de servo corrupto, quin & ejus, quæ ex primo ac tertio hujus legis capite data est, ad corruptos filiorumfamilias, monachorum, subjectorum, vasallorum, similiumque mores cum Jurisconsultis & Interpretibus porrigatur.

6 Tertio capite de homine vel pecude vulneratis, animalibus cæteris vulneratis aut occisis, & omni cætero damno injuria dato agitur, ut teneatur lædens, quanti res fuerit plurimi mense seu triginta diebus retro computatis: §. *capite* 13. & *seqq. Inst. h. t. l. si servus servum* 27. §. *tertio autem* 5. & *seqq. ff. h. t.* æstimatione utrobique tum in primo tum in tertio capite facienda secundum communem hominum opinionem; non item juxta peculiarem actoris affectionem: *l. si servum meum* 33. *ff. h. t.* Supra quam æstimationem præterea utroque ex capite ad id quod interest condemnatio fit; si modo certum illud sit damni illati intuitu lucrive cessantis: *l. si servum meum* 33. *in fine pr. ff. h. t.* veluti si servum tuum, quem sub pœna tradendum promiseras, aut sub cujus manumittendi conditione fueras hæres scriptus, quive ipse erat ab aliquo institutus, ante quis occiderit, quam is a te traditus aut manumissus fuerit, aut jussu tuo adierit hæreditatem: nam hæreditatis quoque amissæ & pœnæ commissæ rationem esse habendam constat. Et si ex pari mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum, vel ex gemellis, aut symphoniacis, aut comœdis unum quis occiderit, extra perempti corporis æstimationem, ex legis præscripto faciendam, id etiam computatur, quanti depretiati sunt, qui supersunt: §. *illud* 10. *Inst. h. t. l. aut lex* 21. §. *ult. l.* 22. *l.* 23. *pr.* & §. *item Julianus* 2. *ff. h. t.* Nec minus operarum servi vel animalis mutilati, quibus dominus caruit, æstimatio videtur hac in lege spectanda: arg. *l. ult. ff. de his qui effud. vel dejec. l. ex hac lege* 3. *ff. si quadrupes pauper. fecisse dic.* Adhæc, quanti interfuerit, fraudes servi commissas detegi, si servus, qui magnas fraudes in rationibus alicujus commiserat, & quæstionibus subjiciendus erat, ut fraudis participes eruerentur, ante quæstiones habitas occisus sit: *l. inde Neratius* 23. §. *sed & si servus* 4. *ff. h. t.* & in summa, omnia veniunt commoda, quæ intra annum aut mensem retro computandum rem læsam aut peremptam fecerunt pretiosiorem: *d. l.* 23. §. *in summa* 6. *ff. h. t.* Plane, si interesse incertum sit, nulla ejus habenda ratio; quo fundamento is, qui retia aliena confregit, ad æstimationem piscium, qui capi forte potuissent, non tenetur; idemque in venatoribus & aucupibus probatum fuit: *l. quemadmodum* 29. §. *item Labeo* 3. *ff. h. t.* arg. *l. si sterilis* 21. §. *cum per venditorem* 3. *ff. de action. empti.* N. Noodt *libro de lege Aquilia cap. ult. in fine.* Denique ex inficiatione, hanc ex lege Aquilia litem in duplum crescare, loco non uno adnotatum: *l.* 2. §. 1. *ff. h. t. l. doli verbum* 5. §. *hæc actio* 2. *ff. de servo corrupto:* §. *ult. Instit. de oblig. quæ quasi ex contractu: l. inde Neratius* 23. §. *pen. ff. h. t.* §. *sed furti quidem* 26. *Instit. de action. l. contra negantem* 4. *C. h. t.* nisi ante litem contestatam ab inficiatione desistat, qui læsit; (aut etiam post litem contestatam, si minor sit & ætatis auxilio juvetur.) arg. *l. electio* 26. §. *neque hæredi* 5. *ff. de noxal. action.* junct. *l. si ex causa* 9. §. *nunc videndum* 2. *ff. de minor. viginti quinque annis:* aut non ordinariis convincatur probationibus, sed ex præstito per actorem jurejurando succumbat: *l. eum, qui juravit* 30. *ff. de jurejurando.*

7 Quod si quis primitus egerit ex capite tertio de homine vulnerato, ac deinceps ex vulnere defuncto, non prohibetur iterum ex primo legis ejusdem capite de occiso contendere: ita tamen, ut ex utroque judicio nihil amplius consequatur, quam consequi deberet, si initio de homine occiso egisset: *l. si vulnerato* 46. *l.* 47. *ff. h. t.* Hæc ita, si ex uno eodemque facto bis agatur: nam si servum meum alio tempore Titius mutilaverit, alio deinde intra annum occiderit, in posteriorem ex capite primo condemnationem haud foret imputandum id, quod ante mihi ex capite tertio agenti adjudicatum fuit: duo enim delicta sunt: *l. illud quæsitum est* 32. §. 1. *ff. h. t.*

8 Si plures simul damnum dederint, adversus singulos hæc æstimationis & ejus quod interest persecutio in solidum concessa est, sic ut unius præstatione cæteri non liberentur, cum sui quisque, non alieni delicti pœnam solvat: sive constet æqualiter omnes occidisse, dum simul trabem dejecerunt hominemque oppresserunt, sive alter tenuerit occidendum, alter interemerit; sive plures percusserint in rixa forta, nec appareat cujus ictu læsio aut cædes facta sit: *l. item Mela* 11. §. 1. 2. 4. *l. ita vulneratus* 51. §. 1. & §. *ult. in fine ff. h. t.* Sic ut & summo jure dominus, cujus familia damnum dedit, singulorum servorum nomine in solidum teneatur: *l. si familia* 9. *ff. de jurisdict.* quamvis ex bono & æquo domino succursum sit, & id, quod in furto familiæ receptum est, etiam ad damnum legis Aquiliæ porrectum, ut scilicet non singulorum sed omnium nomine, velut ex uno hominis liberi facto teneatur: *l. illud quæsitum est* 32. *pr. ff. h. t.* Nec dictis contrarium est, quod in actione quod metus causa plures quidem metu rem extorquentes, in solidum singuli tenentur, sed unius solutio cæteris prodest ad liberationem: *l. item si cum* 14. §. *ult. l.* 15. 16. *ff. quod metus causa:* quodque propter dejectionem ex plurium cœnaculo pro indiviso habitato, singuli quidem in solidum de dejectis & effusis conveniri possunt, sed uno solvente etiam adversus cæ-

cæteros ista actio perimitur: *l.* 1. §. *ult.* & *ll. seqq. ff. de his qui dejec. vel effud.* unde videri posset, idem in damno per plures dato statuendum esse. Etenim diversitatis ea ratio est, quod actio quod metus causa initio inspectu secundum propriam naturam suam rei persecutoria est, non ex solo metu, sed demum ex contumacia subsequente, in quadruplum crescens: §. *item actio de eo* 27. *Instit. de action.* ut proinde metum passus rem habens ex restitutione per unum facta, non ultra queat adversus cæteros hanc rei persecutoriam quod metus causa actionem movere; cum ex adverso creditum fuerit, legis Aquiliæ judicium pœnale esse: §. *his autem verbis* 9. *Instit. h. t.* & ex principiis juris certum sit, rei quidem persecutionem non nisi semel fieri posse; pœnæ vero petitionem sæpius contra diversos dari delinquentes, ut sui quisque delicti meritam subeat coercitionem: D. Noodt *libro ad leg. Aquil. cap.* 10. *in med.* Et quod attinet de dejectis & effusis actionem in duplum mixtam pœnalem, uno inhabitantium illic solvente reliqui liberantur, non tam ex eo, quod unum tantum culpatur factum, (nam & in plurium rixa cum servus læsus est aut periit uno vulnere lethali, cujus auctor certus non apparet, & cum plures trabem dejecerunt, unde homo occisus est, unum tantum factum arguitur: arg. *l. ita vulneratus* 51. *in fine ff. h. t.*) quam potius, quod non adeo rigide cum illis agendum fuerit, qui principaliter ex alieno vero delicto, & ex suo tantum quasi delicto, obligabantur, quod est in dejectis & effusis; atque quidem cum iis, qui ex vero delicto proprio conveniuntur; uti id fit in legis Aquiliæ actione.

9 Quod si unus servum lethaliter vulneraverit, alter deinde ex intervallo alio vulnere eundem occiderit, siquidem vulnus a priore inflictum tale fuerit, ut certo certius inde servus periturus fuisset, utrumque ex legis Aquiliæ capite primo de occiso teneri, Julianus ait *l. ita vulneratus* 51. *pr.* & §. 2. *ff. h. t.* de casu enim, quo certum erat, vulneratum ex vulnere priore moriturum fuisse, Julianum in d. l. tractare, non facile inficias iverit, quisquis modo consideraverit, quæstionem ibidem secundum prima legis verba, de eo conceptam esse, *qui ita vulneratus erat, ut eo ictu certum esset moriturum*, decisionem itidem mentionem habere, ejus, *cui cum mortiferum vulnus prior inflixisset, posterior ex intervallo ita percussit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat:* denique Julianum ita argumentatum fuisse, ut contenderet, lege Aquilia non solum teneri, qui ita vulnerassent, ut confestim vita privarent, *sed etiam hos, quorum ex vulnere certum esset aliquem vita excessurum.* Contra vero si prior ita lethaliter vulneraverit, ut probabiliter quidem, at non certo certius, vulneratus inda moriturus fuisset, aliusque deinde eundem vulnere novo exanimaverit, aut ruina naufragiumve suppresserit, priorem non quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, teneri, Ulpiano placuit, ac ipsi Juliano: *l. item Mela* 11. §. *Celsus scribit* 5. *l. huic scripturæ* 15. §. 1. *ff. h. t.* Quod enim de vulnere non certo certius lethali Ulpianus ex Juliani mente in *d. l.* 15. §. 1. disseruerit, ex decisionis ratione manifestum est, quod nempe superveniens *ruina passa non sit apparere, an ex vulnere priore occisus sit;* quæ de vulnere certo certius mortifero, adeoque certissimam mortis sequelam habituro, inutiliter dicta forent. Nec est, quod nobis regeratur, tunc, cum certo certius ex vulnere priore mors imminebat, alio superveniente ac occidente, apparere certum cædis auctorem, puta posteriorem; ac proinde priorem non tam occidisse videri, quam vulnerasse. Aliter enim procul dubio existimaverit, qui respiciet illud Juliani, dicentis, *verum esse, servum a te occisum esse tunc, cum vulnerabas: d. l.* 15. §. 1. *ff. h. t.* & penitius expendet, in legis Aquiliæ primo capite non tam mortem aut mortis tempus, quam potius vulnus ipsum lethale vulnerisque inflicti tempus, fuisse spectatum, sic ut non a mortis sed vulnerationis tempore annus fuerit retro computandus; quasi jam tum, cum vulnerabatur servus, peremptus fuisset: *l. annus* 21. §. 1. *l. ita vulneratus* 51. §. 2. *ff. h. t.* Quod autem in *d. l.* 15. §. 1. post verba, *cum a te occisum esse tunc, cum vulnerabas*, subjungitur, id *mortuo demum eo apparuisse*, non alia de causa factum videri potest, quia vulnus, de quo illic agebatur, tale erat, ut certum non esset, servum ex eo moriturum. Mortuo ergo demum servo apparuit, eum illo ex vulnere occubuisse; eodem autem postmodum ruina oppresso, verum erat, supervenientem ruinam passam non esse apparere, an priore ex ictu occisus esset; & quia in dubio pœnæ interpretatione molliendæ potius quam exasperandæ erant: *l. pen. ff. de pœnis*, inclinandum magis fuit in id, ut prior de vulnerato potius, quam de occiso teneretur. Et, quæ quæso æquitas, quæ sana juris ratio patiatur, ut, qui suo facto, sua certo certius lethali vulneratione, jam sese nocentem, & capiti primo legis Aquiliæ obnoxium reddiderat, quippe jam tum occidens, cum vulnerabat, ob mortem indubie inda secuturam, alieno deinceps crimine superveniente nocens esse desineret, aut saltem inciperet minus nocens esse, & in minus obligatus, atque adeo flagitio alieno sublevaretur? aut quæ, obsecro, justitiæ æquabilitas erit, si ex lege Aquilia sæpius hominis interempti æstimationem peti jura permittant, ubi servo unum tantum vulnus lethale in rixa plurimum incerto auctore inflictum apparet: *d. l.* 51. §. 1. *d. l.* 11. §. 2. *ff. h. t.* contra vero unum tantum de occiso teneri vellent, ubi duo duorum percussorum haud ignotorum vulnera conspicua sunt certo certius mortifera, temporibus diversis eidem illata? Aliud sane suadet JCti assertio; cum enim constaret, morte rei contingere abolitionem, & accusatorem tunc posse impune desistere, observatum a Macro fuit, *si postea, quam accusator destitit, reus decesserit, non ideo magis delictum accusatoris relevari*, adeoque mortem supervenientem, sive casu, sive facto alieno, nec in totum nec pro parte excusare eum, qui ante mortem istius tertii jam cœperat nocens esse: *l. in senatusc.* 15. §. *cæterum* 4. *ff. ad SC. Turpill.* Ut proinde distinctioni superiori etiamnum inhærere malim, quam Julianum fingere sibi contrarium, & opinionis in *l.* 51. propositæ, justæ sane atque rationabilis, pœnitentem, cujus tamen pœnitentiæ nullum vel ex Julia-

liani confessione, vel ex Ulpiani & reliquorum adnotationibus vestigium occurrit.

10 Actio pro damni dati coercitione ex lege Aquilia duplex est, directa alia, alia utilis. Directa domino datur, etiamsi dominium ab eo postea recessurum sit; qua ratione debitor aut venditor rei recte experitur, si creditor ante moram, vel extraneus rem corruperit promissam venditamve: *l. legis Aquiliæ* 54. *ff. h. t.* §. *quum autem* 3. *in fin. Instit. de empt. vendit.* usque adeo, ut, si semel competere cœperit, duratura sit, etiamsi res, cui nocitum, postea alienata vel extincta fuerit: *l. quæcunque* 56. *ff. de obligat. & action. l. sin autem* 27. §. *si homo* 2. *ff. de rei vindicat.* Neque tamen domino directa semper datur, sed tum demum, cum corpore & in corpus damnum datum est. Utilis ipsi quoque domino accommodata, quoties non corpore sed tantum in corpus damnum datum fuit: §. *ult. Inst. h. t.* quo respectu multum interesse dicitur, occidat quis, an mortis causam præbeat; in quantum scilicet occidenti directa, mortis causam præbens utili seu in factum civili actione conveniendus est: *l. qua actione* 7. §. *Celsus* 6. *ff. h. t.* Quamvis in lege Cornelia de sicariis inter hæc duo nihil intersit, dum uterque, sive occiderit, sive mortis causam præbuerit, ex lege Cornelia pro homicida habetur, & ultore gladio pœnam subit: *l. nihil interest* 15. *ff. ad leg. Cornel. de sicariis.* Sed & aliis, qui domini non sunt, utilis competit, sive tunc corpore & in corpus damnum datum sit, sive non corpore, sed in corpus; veluti fructuario & usuario, sive dominus proprietatis sive extraneus intulerit rei fructuariæ læsionem: *l. item Mela* 11: §. *ult. l.* 12. *ff. h. t. l. locum autem* 17. §. *ult. ff. de usufructu & quemad. quis utat. l. & eleganter* 7. §. *si servum* 4. *l. arbitrio* 18. §. *si dominus* 2. *ff. de dolo.* Bonæ fidei possessori, quippe cui tantum bona fides præstare solet, quantum veritas, ubi lex impedimento non est: *d. l. item Mela* 11. §. *sed, si servus* 8. *l. si dominus* 17. *ff. h. t.* junct. *l. bona fides* 136. *ff. de regul. jur.* creditori hypothecario ob damnum in pignore datum, ut saltem usque ad modum debiti consequatur, in debitum imputaturus, quæ ita impetrabit; in reliquum debitori directa actione relicta: *l. si dominus* 17. *l. qui occidit* 30. §. *pignori* 1. *ff. h. t. l. servum* 27. *ff. de pign. & hypoth.* Non tamen commodatario, neque fulloni, similibusque, qui servandum aliquid conduxerunt; aut acceperunt utendum, si forte vestes ipsis commodatæ, aut ad poliendum datæ, per alium scissæ sint. Cum enim factum tertii iniquum casui magis fortuito, quam culpæ adnumerari debeat, quantum ad commodatarium fullonemve attinet, dum nulla plerumque cura aut diligentia consequi possumus, ne alius damnum nobis injuria det; casum autem fortuitum neque fullo neque commodatarius præstare teneatur; consequens fuit, hactenus eorum haud interesse, ac proinde nec ad ipsos, sed magis ad dominum, hanc legis Aquiliæ actionem spectare: *l. item Mela* 11. §. *pen. ff. h. t. l. ad eos* 19. *ff. commodati: l. sed de damno* 41. *ff. locati.* Plane, si quæ fullonis aut commodatarii in rebus asservandis negligentia appareat, propter quam actione commodati vel locati eos conveniri placuit, juxta *d. l.* 41. vix dubitandum fuerit, quin ad exemplum modumque actionis furti, utilis quoque legis Aquiliæ ipsis tribuenda sit; cum eatenus intersit eorum, rem salvam esse: arg. §. *item si fullo* 15. & 16. *Instit. de obligat. quæ ex delicto.* Quo etiam solo fundamento utrique, tum fulloni, tum commodatario, actionem de pauperie a Paulo in *l.* 2. *ff. si quadrup. paup. fec. dicatur*, concessam puto: ait enim, eos ista posse experiri actione, quia ipsorum interest; interesse autem, *quia eo ipso quo tenentur*, (puta domino) *damnum videntur pati.* Ut proinde illis in casibus, quibus culpa careut ac domino non tenentur, etiam non magis de pauperie quam ex lege Aquilia actionem habituri sint. Sed quia hodie actiones ex delictis, quatenus privato dantur, non pœnales sed rei persecutoriæ sunt, magis placuit, hanc actionem commodatario etiam tunc dari, cum ipse culpa omni in re asservanda caruit, ad id ut consequatur quanti sua interest usum ante tempus, commodato appositum, non esse interversum aut impeditum. Hugo Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 37. *n.* 10. & *seqq.* uti & illis, qui servorum aut ancillarum operas habuerunt conductas, quatenus ipsorum interest, ministeriis haud caruisse. Grotius *d. lib.* 3. *cap.* 34. *n.* 8.

11 Adhæc utilis homini libero vulnerato actio indulta fuit, ad id quod interest, non directa; cum nemo membrorum suorum dominus sit: *l. liber homo* 13. *ff. h. t.* Etsi enim alibi ab Ulpiano scriptum sit, licere omnibus, atque ipsis *etiam servis, naturaliter in suum corpus sævire: l. sed si damnum* 9. §. *si ipse servus* 7. *ff. de peculio:* non tamen inde cujusque in sua membra dominium probatur; cum vel natura illic ea intelligenda sit, cujus & Senatusconsultum Macedonianum meminit, quæ sceleris causas Macedoni fœneratori improbo dicebatur administrare: *l.* 1. *ff. ad Senatusc. Macedon.* vel Ulpianus ex mente Stoicorum loquatur, qui licitum putabant sibi mortem consciscere, si vitam sibi servitutem & supplicium, mortem vero solatium & libertatem fore crederent, sic ut nec potestas dominica hanc posset servis impedire viam sese in libertatem vindicandi. *Non est molestum servire*, ait Seneca consolat. ad Marciam cap. 20. *ubi si domini pertæsum est, licet uno gradu ad libertatem transire, contra injurias vitæ beneficium mortis habeo.* Et lib. 3. de ira cap. 15. *Quid genus demens, quid expectas, ut te aut hostis aliquis per exitium gentis tuæ vindicet, aut rex a longinquo potens advolet? quocunque respexeris, ibi malorum finis est, vides illum præcipitem locum? illac ad libertatem descenditur: vides illud mare, illud flumen, illum puteum? libertas illic in imo sedet. Vides illam arborem, brevem, retorridam, infelicem? pendet inde libertas: vides jugulum tuum, guttur tuum, cor tuum? effugia servitutis sunt, nimis tibi operosos exitus monstro, & multum animi ac roboris exigentes: quæris, quod sit ad libertatem iter? quælibet in corpore tuo vena.* Adeo autem pro homine libero vulnerato actio datur, ut non modo impendiorum in curationem, & operarum, quibus læsus caruit & in posterum cariturus est, sed &

& cicatricis & doloris atque deformitatis æstimatio moribus præstanda veniat, si per læsum læsamve petita sit; etsi jure Romano horum ratio habita non fuerit, dum corpus liberum proprie nullam recipit æstimationem: arg. *l. ult. ff. de his qui effud. vel dejec. l. ex hac lege* 3. *ff. si quadrup. paup. fec. dicatur*. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 34. *n.* 5. 6. *ult.* Ant. Matthæus *de crimin. lib.* 47. *tit.* 3. *cap.* 3. *n.* 4. Groenewegen ad *d. l. ult. ff. de his qui dejec. vel effud.* Pareus p. mem. Paulus Voet ad §. 1. *Instit. de oblig. ex quasi delict. n.* 2. Si filiusfamilias vulneratus sit, non filio sed patri utilem actionem dari placuit, ad impendia in medicos facta, & operarum æstimationem: *l. item quæritur* 13. §. *item Julianus* 4. *ff. locati: l. sed & si* 5. §. *ult. l.* 6. *l.* 7. *ff. h. t. l. cum duobus* 52. §. *socium* 16. *ff. pro socio:* quod & in filiis annis viginti quinque minoribus hodie receptum est. Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 34. *n.* 7. Sed &, si occisum injuria proponas, utili actioni, patri dandæ, locum fore, colligi potest arg. *l. qua actione* 7. §. *si quis* 4. *ff. h. t. collatio legum Mosaic. & Roman. tit.* 1. quod plenius docet D. Noodt *tract. de lege Aquilia cap.* 2. vers. *quicquid tamen*. Nec dubium, quin ex usu hodierno latius illa agendi potestas extensa sit: in quantum ob hominem liberum culpa occisum uxori & liberis actio datur in id, quod religioni judicantis æquum videbitur, habita ratione victus, quem occisus uxori liberisque suis aut aliis propinquis ex operis potuisset ac solitus esset subministrare. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 33. *n.* 4. 5. 6. Gomesius *resolut. tom.* 3. *cap.* 3. *n.* 37. Besoldus *delib. jur. ad Pand. h. t. quæst.* 2. Gravetta *part.* 1. *consil.* 119. *n.* 6. Ant. Matthæus *de crimin. lib.* 48. *tit.* 5. *cap.* 7. *n.* 11. & 12. Paulus Voet *ad d.* §. 1. *Instit. de oblig. ex quasi delict. n.* 2. *in pr.* Berlichius *conclus. pract. part.* 4. *conclus.* 18. *n.* 21. & *seqq.* Qua in re si concurrat forte uxor, parentes, libari, alter alteri præferendus non est; sed magis unicuique in id, quanti sua interesse docet, actio danda; tum quia singuli non de pœna, sed damno sibi illato reparando contendunt; tum quia hæc actio uxori, liberis, similibusque, non qua occisi hæredibus adeoque jure hæreditario, sed qua læsis ex facto occidentis datur; sic ut & illis accommodanda veniat, qui defuncto hæredes esse ab intestato non potuerunt, vel occisi hæreditatem, utpote suspectam, noluerunt adire: arg. *l. si vero plures* 5. §. *hæc autem actio* 3. *ff. de his qui effud. vel dejec.* D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap.* 15. *n.* 7. Groenewegen ad §. 1. *Instit. de oblig. quæ quasi ex delicto*. Besoldus *delibat. juris ad Pand. h. t. quæst.* 2. Cousar Casullo Sotomay. *de usufr. cap.* 40.

12 Competunt vero hæ actiones directæ vel utiles adversus eos, qui damnum dederunt; etiam maritum aut uxorem, cum non infament: *l. pen. ff. h. t.* & illos, qui, cum prohibere potuissent ac debuissent damni illationem, illud inferri passi sunt: *l. in lege Aquilia* 44. §. 1. *l.* 45. *ff. h. t.* quive opem tulerunt facientibus, aut fieri jusserunt: *l. liber homo* 37. *ff. h. t.* vel sese damnum dedisse confessi sunt, si de damno dato constet, sed auctor hactenus incertus fuerit; adeo ut adversus emissam confessionem dein ad inficias ire volens, audiendus non sit, nisi ipse docuerit confessionis errorem ac falsitatem: *l. inde Neratius* 23. §. *ult. l.* 24. 25. *ff. h. t.* In hæredes lædentis Aquilia agi displicuit, quia creditum fuit pœnales hujus legis actiones esse, nisi lis cum defuncto contestata fuerit, vel aliquid ex dolo ejus ad hæredes pervenerit: §. *his autem verbis* 9. *Instit. h. t. l. inde Neratius* 23. §. *hanc actionem* 8. *ff. h. t.* Cæterum ex quo nostris ac aliorum moribus obtinuit, non pœnalem amplius, sed rei persecutoriam esse, etiam post inficiationem, hanc legis Aquiliæ actionem, exemplo cæterarum ex delictis descendentium ac læsis accommodatarum, sic ut solam damni vere illati & ejus quod interest æstimationem actor consequatur. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 32. *n.* 17. 18. Ant. Matthæus *de crimin. lib.* 47. *tit.* 3. *cap.* 3. *n.* 4. Groenewegen ad §. *ult. Instit. h. t.* & ad *l.* 20. §. 4. *ff. de petit. hæred.* Paulus Voet ad *d.* §. *ult. Instit. h. t. n. ult.* consequens fuit, hæredes quoque ad integri damni reparationem hodie obligatos esse, licet neque lis cum defuncto contestata fuerit, neque quicquam ex dolo culpave defuncti ad eos pervenerit, nec bona defuncti solvendo sint; nisi hæres delinquentis impetrato inventarii beneficio adierit hæreditatem, quippe quo casu non magis læsis, quam aliis quibuscunque defuncti creditoribus, ultra vires hæreditarias obligatus foret. Grotius *Manud. ad jurisprud. Holl. d. lib.* 3. *cap.* 32. *n.* 22. 23. Groenewegen ad *l. unic. C. ex delictis defunct. in quantum hæred. teneantur in fine*. Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 5. *cap.* 1. *n.* 2. Sed & ubi plures læserunt, uno damna in solidum reparante, reliquos læso non ultra nunc teneri, verius est; utpote qui dolo faceret, indemnitatem iterato petens, quam jam ab alio per actionem rei persecutoriam adeptus erat. Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 3. *cap.* 34. *n.* 12. Interim præter damni reparationem, læsis præstandam, insuper vulnerantibus atque aliter lædentibus mulctæ variæ singulorum prope locorum statutis inveniuntur impositæ, de quibus Leeuwen *censur. forens. part.* 1. *lib.* 5. *cap.* 21. Adde Placita Ordin. Gener. 6. *Sept.* 1661. *in vol.* 2. *placit. Holland. pag.* 2669. & 25. *Novembr. anni* 1665. *vol.* 3. *pag.* 599. Placita Ordin. Zelandiæ 27. *Novembr.* 1654. *d. vol.* 2. *pag.* 2407. circa quas mulctas ambigendum haud videtur, quin delinquentium morte evanescat earum exactio; & ex adverso in casu plurium simul lædentium ita unusquisque etiamnom hodie in solidum mulctandus veniat, ut unius præstatione cæteri non liberentur. Sanda *decis. Frisic. lib.* 5. *tit.* 9. *defin.* 5. Berlichius *conclus. pract. part.* 4. *conclus.* 11. *n.* 19. & *seqq.*

13 Quamvis autem vulgo in delictis affectus maleficia distinguere soleat: §. *placuit.* 7. & §. *pen. Instit. de obligat. quæ ex delicto:* ac secundum illud Senecæ libr. de ira, *idem delictum in duobus non eodem modo afficiat, si alter per negligentiam admisit, alter curavit ut nocens esset*. Hac tamen in lege par doli & culpæ, etiam levissimæ, omnisque imprudentiæ, imperitiæ, infirmitatis ratio est,

est, eademque coercitio: §. *ac ne is* 3. *& seqq. Instit. h. t. l. in lege Aquilia* 44. *& passim ff. h. t.* eo modo, quo & in contractibus doli & culpæ præstationem recipientibus id receptum est, dum nihil interest, dolo an culpa læsio intercesserit, ad eum effectum, ut damnum reparetur: nam etsi Romanis placuerit, pœnalem aliquo modo esse legis hujus actionem, eam tamen magis ad indemnitatem, quam ad ultionem pertinuisse, Ulpianus docet *l. item apud Labeonem* 15. §. *si quis servo* 46. *ff. de injuriis*.

14 Sed quo magis hæc damni injuria dati materia illustretur, operæ pretium fuerit, præcipuas tum ex legibus tum ex moribus enumerare factorum species, quibus damnum culpa datum creditur; quibusque ex adverso, tanquam jure vel casu datum, extra legis pœnam est. Sunt autem (ut ordo quidam in recensendo servetur) qui tenentur, dum in munere versantes, aut aliter in re per leges licita, per occasionem ejus dolo vel imprudentia vel imperitia damnum intulerunt. Sunt, contra quos actio datur, quia auxilio, impulsu, hortatu, consiliove eorum læsio facta est. Sunt, qui ex petulantia; sunt denique qui variis aliis factorum culpandorum speciebus nocentes, directa vel utili legis Aquiliæ conveniuntur actione.

15 Ad primam classem merito magistrum retuleris, qui, cum modicam discipulos castigandi haberet potestatem, sævitia nimia ac puniendi acerbitate modum excessit; veluti in specie a Juliano proposita, qua sutor puero discenti, ingenuo, filiofamilias, parum bene facienti quod demonstratum erat, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur: neque enim dubium, quin & præceptoris & alterius cujuscunque sævitia nimia culpæ accensenda sit: *l. sed & si quemcunque* 5. §. *ult. l.* 6. 7. *ff. h. t. l. item quæritur* 13. §. *item Julianus* 4. *ff. locati*: arg. *l. si constante* 24. §. *si maritus* 5. *ff. soluto matrimon. l. locum* 17. §. 1. *ff. de usufr. & quemad. quis utat.* Sed & magistratus, qui, licet adversus resistentem violentius quid facere jure licito & jure honoris possint, quod ad vindictam majestatis publicæ respiciat, nec ad damni æstimationem obstricti sint, si servus jussu ipsorum pignori captus sese suspenderit, dum juris executio injuriam habere non intelligitur; tamen ex lege Aquilia teneri possunt, quoties magistratus sui fiducia injuriosum quid contra bonos mores fecerint, quo alteri nocitum: *l. quemad.* 29. §. *magistr.* 7. *ff. h. t. l. eumque cum ædili* 13. *ff. de peric. & commod. rei vend.* arg. *l. injuriarum* 13. §. *is qui* 1. *l. nec magistr.* 32. *l.* 33. *ff. de injuriis: l. continet* 3. §. 1. *ff. quod metus causa*. Gubernatorem quoque navis aut nautas, quorum culpa navis in retia piscatorum aut scapham alterius vel navim impacta, damnum dedit, quia in potestate eorum erat, ne id accideret: nam si vel fune rupto, vel tempestatis violentia id extra culpam nautarum contigisset, tantum abest, ut Aquiliæ locus foret, ut ne tunc quidem, cum vi ventorum navis impressa esset in funes anchorarum alterius, & nautæ funes præcidissent, actionem dari oportere responsum sit, si nullo alio modo, quam præcisis funibus, explicare se nautæ potuerint: *d. l. quemadm.* 29. §. 2. 3. 4. *ff. h. t. l. item quæritur* 13. §. 1. 2. *ff. locati*. Quæ tamen de damno sine culpa navigantium illato per navigiorum collisionem paulo aliter hodiernis legibus nauticis definita sunt: etenim si citra culpam navis anchora teneri desinat, ac fluctuare incipiens damnum inferat alteri navigio etiamnum ex anchora stanti, domini navis ita lædentis & damnum proprium ferre tenentur, & partem dimidiam damni navigio ex anchora stanti illati. Idemque est, si navis navigans impressa sit navigio alteri ex anchora stanti, ac ei nocuerit, si modo magister navis impingentis cum sociis nauticis jurato asserat, se culpa carere, nec culpa ab adversario doceatur. Sed si navis navigans de die vel de nocte, serena vel turbulenta tempestate, itidem sine culpa navi alteri naviganti impressa nocuerit, damnum utrique illatum navigio æqualiter utrimque ferendum est. Uti & damnum commune erit, si sine culpa magistri index anchoræ, ex qua stat navis (*den Dobber of Boeye*) amotus sit, & dum alterius indicio restituendi occasio nondum fuit, damnum inde navi alteri illatum fuerit. Plane in his omnibus probata culpa, solum culpæ reum ad universi damni reparationem condemnari oportet: in culpa autem est, qui vel ab initio indicem anchoræ jactæ non addidit, vel amotum casu non mature restituit: quive navigio alteri vado hærenti propinquam habens navem propriam ex anchora stantem, ita ut damnum merito metuatur, neque periculi amovendi causa stationem suam mutare vult, utcunque admonitus, neque magistro navis fundo hærentis permittere, ut is navis vado non hærentis stationem suo suorumque labore mutet. De his vide *Placitum nauticum Philippi Regis ult. Octob. anni* 1563. *tit. van Schepen die malkander beschadigen art.* 1. 2. 3. 4. 5. *vol.* 1. *plac. Holl. pag.* 817. *Wisbuysche Zee-rechten art.* 48. 49. 50. Hug. Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *c.* 38. *n.* 18. *& seqq.* Neostadium *Cur. supr. decis.* 48. 49. Jac. Coren *observ.* 40. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 198. Vinnium ad Peckium *de re nautica ad l.* 5. *ff. de lege Rhod. de jactu*. Et *bellum juridicum*, *casu* 49. ubi etiam adstruitur, damno per collisionem navium in mari dato, non modo navis ipsius, sed & mercium ea vectarum damnum æqualiter ferri oportere, si culpa desit; sed in fluminibus contingente navium collisione, damnum quidem navium communiter ferri, sed merces, navi tali vectas, in totum suis perire dominis, nec gravare dominum navis sine culpa nautæ impingentis. Qua occasione notandum ulterius, dominos navium in portu ex anchoris stantium, aut funibus alligatarum & mutua contritione damnum patientium, actionem ejus damni nomine intentare non posse, sed quemque suum debere pati damnum, velut casum fortuitum rei suæ illatum, secundum depositionem per turbam mercatorum, quæ est in Psittaco Hollandico *par.* 2. *tit.* 1. *pag.* 36. *& seqq.* De retibus vero piscatoris, & reliquo piscationis apparatu scisso, fracto, quid juris sit hodie, confer placita de haleceum piscatione, prohibentia, ne quis clavum navigii sui ita junctum habeat, ut retia exposita ei adhærere queant, neve aliorum simul piscan-

cantium retia funesve præsciudat: *placit. Philippi Regis* 9. *Martii* 1580. *Ordinum Holland.* 19. *Aprilis* 1597. & 12. *Maji* 1629. *Vol.* 1. *Placit. Holl. pag.* 684. & *seqq.* Nec dubium, quin ad damni reparationem hodie ex superiore juris Romani fundamento condemnandi sint, qui inflatis velis nec satis tempestive demissis, portum ingredientes, munitioni vel navibus aliis aut piscatoribus nocuerint. Vide *decretum Delegatorum Hollandiæ Ordinum* 4. *Martii* 1643. *vol.* 1. *plac. Holland. pag.* 1264. quive per aquas piscationis ergo elocatas navigantes, a relicto ac destinato navigationibus spatio sponte deflectum, atque ita in expositum piscationis apparatum incidentes, damnum dant. Vide *decretum anni* 1554. 28. *Maji vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2071. quive per loca vadosa navigantes, vadorum peritos assumere pro more recepto neglexerunt, si vado navis hærens rimosa facta fuerit, ac merces ea occasione corruptæ: arg. *l. item quæritur* 13. §. *si magister* 2. *ff. locati: placitum Philippi Regis de re nautica, anni* 1563. *tit. van Schip-brekinge art.* 1. & 9. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 814. & 816. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 310.

16 Quibus autem casibus damnum reparandum est, solummodo illud spectatur, quod in continenti illatum fuit, non quod postea ex nova causa, licet prioris occasione, supervenit: qua ratione, cum navis impressione navigii alterius sic exarmata esset, ut classem reliquam sequi non posset, atque inde a piratis hostibusve interciperetur, damnum quidem armamentorum navis dejectorum, at non illud, quod piratarum interceptione datum fuerat, sarciendum esse, a suprema curia judicatum fuit, teste Groenewegio *ad Grotii manuduct. jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 38. *n.* 18. Et, si forte navis onusta mercibus ex collisione mersa sit, in quæstione, an merces æstimandæ veniant, quanti emptæ sunt, an quanti in loco destinato vendi possent, an media quædam æstimatio viri boni arbitrio facienda sit, dijudicandum videtur ex eo, an ante interitum jam maxima ex parte iter emensum, ac periculum superatum, an contra adhuc superandum fuerit, & quousque; ut pro rata ejus æstimatio mersarum mercium viri boni arbitratu instituatur. Vide Neostadium *Curiæ supr. decis.* 48.

17 Pertinent etiam ad hanc lædentium classem cisiarii seu carrucarii, qui, dum cæteros transire contendunt, cisum evertunt ac damnum dant; temperare enim debuerant: *l. item quæritur* 13. *pr. ff. locati.* Plaustrarius, cujus ex plaustro, dum male compositi lapides erant, lapis delapsus quid rupit vel fregit: *l. si servus servum* 27. §. *si ex plaustro* 33. *ff. h. t.* cujusve plaustrum in clivo ductum, non casu, sed culpa plaustrarii, cessim ire cœpit, atque ita nocuit; cujus notabilem casum Alfenus exhibet: *l. si ex plagis* 52. §. *in clivo* 2. *ff. h. t.* Adde *tit.* 1. *de pauperie.* Mulio, qui, cum plus justo onerasset quadrupedem, in causa fuit, quod quadrupes collapsa onus evertendo in alium, damnum dedit: *l.* 1. §. *itaque* 4. *ff. si quadrup. paup. fecisse dic.* quive alienum animal plus justo onerando effecit, ut illud sub onere deficiens collabensque membrum aliquod ruperit: *l. si servus servum* 27. §. & *si mulum* 23. *ff. h. t.* aut, cum ipse onus nimium subiiset, dejiciendo illud, rem alterius in propinquo oppressit; vel etiam ipse cum onere prolapsus læsionem rebus alienis intulit, sive plus justo sese oneraverit; dum in ipsius arbitrio erat ita se non onerare; sive non nimium quidem oneratus, negligentius tamen per lubricum transierit: *l. qua actione* 7. §. *sed si quis* 2. *ff. h. t.* Tonsor eo in loco tondens, ubi ex consuetudine ludebatur, vel ubi transitus frequens erat, si, cum pila quidam luderent, ea vehementius percussa in tonsoris manus dejecta sit, & sic servi, quem tonsor radebat, gula fuerit adacto cultello præcisa: *l. item Mela* 11. *pr. ff. h. t.* Etsi enim non male dicatur, eum, qui se tonsori, periculoso in loco sellam habenti, commiserit, de se queri oportere: *d. l.* 11. non tamen inde excusata videri potest major illa tonsoris culpa ac imprudentia, in loco non tuto artem profitentis; dum novum non est, ut in concurrente duorum culpa is teneatur, cujus culpa major conspicitur: arg. *l. lectos* 12. & 13. *ff. de peric. & commodo rei vend. l.* 1. §. *ult. l.* 2. *ff. ne quis eum qui in jus voc. vi eximat:* neque etiam culpa in totum caret, qui se imperito dedit medico curandum; quem tamen ex imperitia male curantem, habiturus esset sibi hac lege devinctum, ut alibi dictum.

18 Adhæc putator, aut machinarius, (qualis forte qui in machina elevata operatur ad oppositionem ejus, qui de plano opus facit: *l. si ut certo* 5. §. *sed interdum* 7. *ff. commodati.*) qui prope viam sive publicam sive privatam ramos amputatos, aut trabes, aliamve materiam, dejiciens, antequam mature proclamasset ut evitari casus posset, transeuntibus nocuit; aut, cum non prope viam putaret, vel operaretur, dolo malo immittit in eum, quem videt transeuntem, quive ex alto sese præcipitans, super alium venit, eumque occidit: *l. item Mela* 11. §. *si plures* 4. *l. si putator* 31. *ff. h. t.* §. *item si* 5. *Instit. h. t.* junct. *l. in lege Cornelia* 7. *ff. ad leg. Cornel. de sicariis.* Quibus non absimiles, qui foveas ursorum cervorumve capiendorum causa faciunt, laqueosque ponunt, si in laqueos foveasque animal alienum inciderit, aut aliter damnum datum sit: nam si hæc in itineribus facta sint, neque denunciatum fuerit, actioni huic locus foret; sin alibi, ubi id fieri solet, contra dicendum: *l. qui foveas* 28. *pr.* & §. 1. *l.* 29. *pr. ff. h. t.*

19 Fornacarius quoque, qui ad fornacem obdormivit, si ignis negligentius custoditus villam exusserit, cum vel ignem extinguere debuisset, vel ita munire, ne evagetur: *l. si servus servum* 27. §. *si fornacarius* 9. *ff. h. t.* ut & qui secundum parietem communem furnum habens, sic ignem injecit, ut inde paries exustus sit: *d. l.* 27. §. *si furnum* 10. *ff. h. t.* quique in stipulam suam vel spinam, comburendæ ejus gratia, ignem immisit, si is ulterius evagatus ac progressus alienam sylvam vel segetem vel vineam læserit, aliqua ipsius primi ignem immittentis apparente negligentia, dum forte die ventoso id fecit, aut non observavit, ne ignis longius procederet: nam si omnia, quæ oportuit, observaverit, vel subita vis venti longius ignem produxerit, culpa caret: *l. qui occidit* 30. §. *in hac* 3. *ff.*

h.

h. t. l. 1. C. h. t. Amplius qui sclopeto in avem tecto stramineo aut acervo spicarum aut fœni insidentem disploso incendium excitavit. Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 22. n. 7.* & generaliter, qui culpa sua causam incendio dedit: *d. l. si servus servum* 27. §. *item si arbustum* 7. 8. & 11. *ff. h. t.* etiamsi illud deinde latius serpens proximioribus remotioribusque viciuis damnum intulerit: neque enim dubium, quin de omni detrimento, ex probata prima culpa profluente, teneatur: *d. l.* 30. §. 3. *ff. h. t. l. capitalium* 28. §. *incendiarii* 12. *ff. de pœnis: l. qui ædes* 9. *ff. de incend. ruin. nauf.* Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 22. n. 1. 2. 3.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 3. cap.* 38. *n.* 3. Responsa JCtor. Holland. *part. 1. consil.* 256.

20 Orto autem in ædibus, sive per dominum sive per conductorem inhabitatis, incendio, disputatum varie ab interpretibus, utrum inhabitanti incumbat onus probandæ diligentiæ propriæ; an vero locatori vicinisve, incendio illo ulterius evagante læsis, culpæ probatio imponenda sit. Sunt, qui inhabitantem onere probandi gravant, eo quod incendia plerumque fiunt culpa inhabitantium; eumque, nisi a culpa sese purgaverit, condemnandum arbitrantur. Fachineus *contror. lib. 1. cap.* 87. Sande *decis. Frisic. lib. 3. tit. 6. defin. 9. in fine.* Mollerus *semestr. lib. 4. cap.* 31. Vinnius *select. quæst. lib. 1. cap.* 33. Magis tamen est, ut in dubio probandi necessitas in locatorem aut vicinos damni reparationem ab inhabitante prosequentes rejiciatur. Non ea quidem ratione, quod incendia casibus fortuitis, a nemine præstandis, adnumerata legimus: §. *item is, cui* 2. *Instit. quib. mod. re contrah. obligat. l. si, ut certo* 5. §. *quod vero* 4. *ff. commod. l. contractus quidam* 23. *ff. de reg. juris:* cum id sæpissime verum tantum sit, quatenus serpentia latius, damnum viciuis daut, & alioquin culpa inhabitantium incendia fieri plerumque credantur. Sed potius, quia secundum certa juris principia actori (quales hic læsi) incumbit probandi provincia, sic ut, eo intentionem non firmante, reus absolvendus sit, licet nihil ipse præstet: *l. qui accusare* 4. *C. de edendo: l. verius* 21. *ff. de probation.* Atque insuper affirmanti, non neganti, probatio imponenda; dum factum negantis nulla per rerum naturam probatio est: *l. actor.* 23. *C. de probat. l. asseveratio* 10. *C. de non num. pecun. l. ei incumbit.* 2. *ff. de probat.* negat autem inhabitans, se culpam admisisse, ajunt actores. Quibus accedit tertio, quod quisque bonus in dubio ac diligens præsumi debet, donec contrarium probatum fuerit: *l. merito* 51. *ff. pro socio:* hac præsertim in specie, in qua inhabitans, sive dominus sit, sive inquilinus, primus ante alios damnum ex sua debet negligentia metuere, ædium quidem ipsarum, si dominus sit, illatorum autem & invectorum, si conductor. Foventque hanc sententiam Matth. de Afflictis *decis.* 57. Andr. Gayl. *lib. 2. observ.* 21. Mascardus *de probation. conclus.* 894. *n.* 17. & *seqq.* Mynsingerus *cent.* 6. *observ.* 88. Besoldus *delib. juris ad Pand. h. t. n.* 5. Christinæus ad *Leg. Mechl. tit.* 8. *art.* 12. *n.* 3. Argentræus ad *consuet. Britan. art.* 599. Zoesius *ad Pand. tit. locati n.* 25. 26. Berlichius *part. 4. conclus. practic.* 25. *n.* 76. & *seqq.* Perezius *ad tit. Cod. de locato n. quædam* 28. quam alii nonnulli tum demum admittunt, cum a pluribus una domus pro diviso habitata est, ac ignoratur, cujus ex parte incendii origo sit, Sande *d. lib. 3. decis. Fris. tit. 6. defin.* 9. Menochius *de arbitrar. jud. lib. 2. casu* 300. *n.* 12. Nec hisce sic adstructis recte regeritur, quod jam ante concessum fuit, incendia inhabitantium culpa plerumque oriri: *l.* 3. §. *cognoscit* 1. *ff. de offic. præfect. vigilum: l. si vendita* 11. *ff. de peric. & commod. rei vend.* probandi vero onus eum gravare, contra quem præsumptio est. Considerandum enim, indefinitam esse orationem illam, qua incendia dicuntur plerumque fieri culpa inhabitantium. Cum ergo indefinitam enunciationem in contingentibus (id est, iis, quæ necessaria non sunt, sed esse & non esse possunt) non universali sed tantum particulari orationi æquipollere, tradant constanter dialectici, ac in aperto sit, inhabitantes quosdam posse culpa vacuos esse; non alius assertionis istius sensus est, quam, incendia plerumque fieri culpa alicujus ex inhabitantibus; & quidem, non specifice culpa hujus aut illius hominis certi, longe minus culpa omnium & singulorum, ut perperam vult Vinnius; sed velut in individuo vago, ut loquuntur. Qualis vaga, ac certam ad personam non determinata præsumptio, neminem in specie aut præcipue premens, neminem quoque in specie ad onus probandi potest obligare: ne eveniret, innocentem subinde condemnari in probatione deficientem: sed magis, quod de dolo dicitur, designari scilicet debere personam, quæ dolum fecit, nec in eo actorem oportere vagari, dolumque singulari de persona probandum esse, non præsumendum: *l. sed & ex dolo* 15. §. *ult. l.* 16. *ff. de dolo: l. quotiens* 18. §. 1. *ff. de probation. l. dolum* 6. *C. de dolo: l. dolus* 10. *C. de rescind. vendit.* idem & in culpa videtur servandum, dum ratio justitiæ non magis aliena ex culpa, quam ex dolo alieno, alium puniri permittit. Quibus adde, specialia derogare generalibus: *l. in toto jure* 80. *ff. de regul. juris:* adeoque, licet in vago contra inhabitantium aliquem præsumptio culpæ militare credatur; tamen, si de singulis quæratur, specifica præsumptio, secundum ante dicta, erit, unumquemque eorum diligentem fuisse, donec contrarium demonstratum fuerit; atque ita pellitur vis omnis præsumptionis istius generalis, per potentiorem aliam specificam, pro diligentia cujusque in dubio stantem. Animadvertendum denique, Jurisconsultos aperte satis definiisse, sine culpa patrisfamilias posse incendium oriri; neque, si servorum negligentia factum esset, continuo dominum in culpa hærere: *d. l.* 11. *ff. de peric. & comm. rei. vend.* sed posse noxæ dedendo defungi: *l. si servus servum* 27. §. *Proculus ait* 11. *ff. h. t.* nisi negligens fuisset in eligendis servorum ministeriis, quibus demandata ignis cura: *d. l.* 27. §. *si fornicarius* 9. & 11. *ff. h. t.* Non etiam dictis adversatur Antonini rescriptum, quo dispositum, conductorem gregis, qui gregem ajebat a latronibus abactum esse, casum præstare non cogi, si probari possit, abactionem citra suam fraudem contigisse: *l. si quis domum* 9. §.

Im-

Imperator 4. ff. locati. Cum ista facti species a nostra penitus diversa sit; dum hic constat de incendio, illic non ita de abactionis facto; hic disquiritur, cujus culpa incendium exortum sit, quod nulli poterat utilitatem præbere, sed tantum nocere: ibi, an prædonum abigeatu, an fraude conductoris grex non appareat: cum ipse conductor potuisset latri particeps fuisse, pactus forte cum abactoribus in prædæ partem: unde & ob similem rationem creditori, asserenti, se pignus amisisse, fides non fuit adhibenda, sed in id quod interest eum condemnari placuit, si non manifestis rationibus se perdidisse probasset: *l. si creditor 5. C. de pignorat. act.* Ut proinde a disparatis male fiat illatio. Ne dicam, probatam abunde censeri bonam fidem conductoris, ac doli defectum, dum ea diluit fraudis argumenta, quæ contra ipsum ab actore, gregis abacti domino, adducta sunt; eo modo, quo & criminum rei, hæredesque eorum, innocentiam ostendere perhibentur: *l. si is, qui 2. C. qui testam. fac. poss.* quod tamen absolvendos esse constat, si nihil sufficiens accusator attulerit, quo reus convincatur: *l. ult. §. ult. ff. de bonis eor. qui ante sentent.* Denique nec hæsitationem facere potest *l. 1. ult. & ll. seqq. ff. de his qui effud. vel dejecerint*, ubi, licet unus tantum dejecerit, omnes tamen actione de dejectis & effusis teneri debent, si non probent se culpa carere; unde videri posset concludendum, licet ex unius tantum facto incendia oriri possint, omnes tamen, atque adeo præcipue inquilinum ipsum de incendio oportere in solidum condemnari, si non probet, a se culpam abfuisse. Respondendum enim, et eo quod unus dejiciendo læsit atque ita vere deliquit, nullum alium actione ex lege Aquilia tanquam ex vero delicto conveniri posse præter eum, qui dejecit. Sed quia inquilini omnes, dum communiter & pro indiviso habitabant, in quadam erant culpa omissionis, quod non arcuerint a suo cœnacolo talem qui dejecit, jure singulari ista negligentiæ species, in admittendis hospitibus temere dejicientibus consistens, a legislatore Romano cœpit haberi pro quasi delicto, ut tuta commeantibus esset publica via, cum alioquin vulgo impunitum esset alios bona fide intra suum cœnaculum recipere, nec quisquam teneretur ex delictis eorum, quos hospitio excepit, si eorum opera atque ministerio de cætero usus non sit, sive illi furtum damnumve fecerint: *l. licet 6. §. in factum 3. ff. nautæ caup. stabul. ut recepta restit.* sive quid dejecerint aut effuderint, si modo non illic, qua vulgo iter fit: *l. 1. §. parvi 2. ff. de his qui effud. vel dejec.* Cum autem communiter idem cœnaculum inhabitantes omnes & singuli homines temerarios arcendi jus haberent, ac proinde id non facientes, omnes ac singuli istius culpæ, quasi delictum constituentis, rei effecti essent, hinc iniquum non fuit, læso concedi potestatem agendi actione de dejectis adversus unum ex pluribus inquilinis, quem elegisset, ita tamen, ut electum solum non gravaret istius quasi delicti nomine exacta pœna, sed is a reliquis actione pro socio aliave simili recuperaret id omne, quod supra suam solvisset partem: *d. l. 1. §. ult. & ll. seqq.* quæ aliter obtinent, si plures vere deliquerint: tunc enim quod unus ex delicto communi solvit, non repetit a reliquis in totum aut pro parte, sed potius cæteri etiam pœna afficiendi, dum nulla delicti societas atque communio est: *l. item Mela 11. §. sed si plures 2. ff. h. t.* junct. *l. 1. §. plane 14. ff. de tut. & ration. distrah.* Quibus consequens est, a pluribus, qui omnes & singuli quasi deliquerint, uti id ex subsecuta dejectione constat, quique ob id in solidum singuli non ex aliena sed sua culpa, quasi delictum faciente, conveniuntur, perperam argumentum transferri ad inquilinum, necdum nocentem probatum, & sæpe culpa carentem (juxta *l. si vendita 11. ff. de peric. & comm. rei vend.*) neque aliorum quorumvis penes se receptorum facta aut delicta præstare obstrictum, in solidum damnandum, nisi se culpa vacare probet.

21 Plane si exorti incendii tempore non nisi unum in ædibus fuisse proponas: cum præsumptio adversus inhabitantes nata in ejus solius caput tunc quadret, nec amplius generalis sed specialis ex accidenti sit; vix ambigendum, quin illo casu eundem onus probandi gravaturum sit. Idemque dicendum, si conductor contra legem locationi adjectam, ne certo ædium loco ignis strueretur, ibidem exstruxerit, & illo ex loco prima probetur incendii origo. Nam quod dicitur, eum teneri, *etiamsi fortuitus casus admisit incendium: l. videamus 11. §. si hoc 1. ff. locati:* non alio sensu recipiendum est, quam quod teneatur, etsi forte insolita ventorum vi, aliove simili casu inopinato, ignis ille, alloquin innoxius, damnum dederit. Quo modo etiam, cum id actum esset *ne in villa urbana fœnum componeretur*, & conductor composuisset, deinde servus igne illato se occidisset, conductorem ex locato teneri Labeo dixit, quia ipse causam præbuit inferendo contra conductionem: *d. l. videamus 11. §. ult. ff. locati:* quo nomine alioquin, si pactio talis de igne aut fœno certis locis non habendo non fuisset adjecta, nullus tenetur: *d. l. 30. §. 3. ff. h. t.* De cætero, si ædes fulmine tactas locator doceat, aut aliter constet, non occasione ignis vel fœni contra pactum habiti, sed aliter ædes arsisse, absolvendus foret, velut extra culpam positus incendii justius contemplatione.

22 Similiter inter eos, qui in re licita versantur, merito numerantur, qui contra violentiam alterius sese tuentur: *l. scientiam 45. §. qui, cum 4. ff. h. t. l. 2. 3. 4. C. ad leg. Corn. de sicar.* qui tamen, si modum excesserint, Aquiliæ rei sunt. Latronem sibi insidiantem, furem nocturnum occidere licet; diurnum, si telo se defendat; si modo id cum clamore testificetur: *§. injuria 2. Inst. h. t. l. itaque 4. pr. & §. 1. ff. h. t. l. si pignore 54. §. furem 2. ff. de furtis: l. nec timorem 7. §. 1. ff. quod metus causa:* si tamen periculum latronis effugere sine cæde ejus quis possit, si furi parcere sine suo periculo, nec id fecerit, legi Aquiliæ se reddit obnoxium: *d. §. 2. Instit. h. t. l. sed & si 5. ff. h. t. l. furem nocturnum 9. ff. ad leg. Corn. de sicariis.* Confer Ant. Matthæum *de crimin. lib. 46. tit. 5. cap. 2. n. 7-8.* aliosque, quos citat Groenewegen ad *l. 4. ff. h. t.* Sed &, qui sui defendendi causa lapidem in adversarium mittens, non eum,

sed

sed alium prætereuntem percusserit, tenetur: *l. scientiam* 45. §. *qui, cum aliter:* 4. *ff. h. t.* Et quamvis pro rerum suarum defensione moderamen inculpatæ tutelæ jura probent: *l.* 1. *C. unde vi: l. quod est* 3. §. *cum igitur* 9. *ff. de vi & vi armata:* cædem tamen aut vulnus infligi furi, vim non primitus inferenti, illicitum est. Unde cum tabernarius in semita noctu supra lapidem lucernam posuisset; & quidam præteriens eam sustulisset, eumque tabernarius consecutus retineret, lucernamque reposceret, ille vero flagello, quod in manu habebat, tabernarium verberare cœpisset, ut se mitteret, atque ex eo rixa majore orta tabernarius tandem ei, qui lucernam sustulerat, oculum effodisset; definitum fuit, tabernarium, si id data opera fecisset, videri damnum injuria dedisse; si non data opera, non obligari: culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere. Plane si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam furto subductam eripere vellet, rixatus fuisset, tabernarii culpa factum videri, eumque ex tertio legis Aquiliæ capite de oculo, etsi non data opera effosso, teneri: *l. si ex plagis* 52. §. *tabernarius* 1. *ff. h. t.*

23 Cum vero artis imperitia in illo, qui artem venditat aut profitetur, culpæ adscribatur: *l. si quis domum* 9. §. *Celsus* 5. *ff. locati:* uti & infirmitas; dum affectare nemo debet id, in quo vel intelligit, vel intelligere debet, imperitiam suam aut infirmitatem alteri periculosam futuram: *l. idem juris est* 8. §. 1. *ff. h. t.* consequens est, ut hac quoque lege teneantur medici, pharmacopolæ, obstetrices, imperite secantes, perperam medicamenta propinantes, supponentes, infundentes, pro medicamentis venena dantes. Sicut enim medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quoque prætextu humanæ fragilitatis delictum decipientis in periculo homines vana medicinæ faciendæ jactantia innoxium esse, fas non est: *l. qua actione* 7. §. *Celsus* 6. *& ult. l.* 8. *l.* 9. *pr. &* §. 1. *ff. h. t.* §. *imperitia* 7. *Inst. h. t. d. l.* 9. §. 5. *ff. locati: l. illicitas* 6. §. *sicuti* 7. *ff. de offic. præsidis.* Adhæc artifices, qui, non rei vitio, sed imperitia sua confregerunt rem, cui artem impendebant; sive calicem diatretum faciendum, seu perforandum, sive gemmas includendas aut insculpendas, sive columnas aut dolia aut tigna aliasque res ponderosas transportandas, curandasve susceperint: *l. si servus servum* 27. §. *si calicem* 29. *&* §. *ult. ff. h. t.* junct. *l. item quæritur* 13. §. *si gemma* 5. *l. si merces* 25. §. *qui columnam* 7. *ff. locati.* Illi quoque, qui per imperitiam aut infirmitatem impetum mularum sustinere non potuerunt, aut equorum quibus vehebantur: *l. idem juris* 8. §. 1. *l. si ex plagis* 52. §. *in clivo* 2. *ff. h. t.* §. *impetu* 8. *Inst. h. t. l.* 1. §. *sed & si* 5. *ff. si quadrup. pauper. fec. dic.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 38. *n.* 15.

24 Denique ad hunc primum lædentium ordinem eos jure reduxeris, qui in exercitationibus ac ludis licitis occupati, dum non satis observabant aut temporis aut loci aut personarum rationem, damnum dederunt; vel scientes prudentesque læserunt, etsi tunc nec loci nec temporis nec personarum intuitu culpa in iis argui posset. Itaque, si quis, dum jaculis ludit vel exercitatur, transeuntem alterius servum trajecerit; si quidem id a milite in eo campo, ubi solitum est exercitari, admissum sit, nulla culpa ejus intelligitur: sin alius tale quid admiserit, culpæ reus est: idemque juris est in milite, si is alio in loco, quem qui ad exercitandum militibus destinatus erat, id ipsum admiserit; vel in loco quidem destinato, sed data opera in eum jaculatus sit: §. *itaque* 4. *Instit. h. t. l. item si* 9. §. *ult. l.* 10. *ff. h. t.* Similiter, etsi in publico certamine, publica colluctatione, pugillatu, aut pancratio (id est certamine ex lucta ac pugillatu mixto; vel tali, in quo certantes, certis haud adstricti modis, viam ad victoriam quocunque sibi parant modo: Calvinus *in lexico*, verbo *pancratium*. D. Noodt *tract. de lege Aquil. cap.* 7. *in fine*) adversarium occidens, ex hac lege reus non sit, quia gloriæ causa & virtutis, non injuriæ gratia videtur damnum datum: tamen, si jam cedentem, eoque sese victum profitentem, occiderit, vel extra stadium aut palæstram quid tale admissum sit, Aquiliæ locum esse, Ulpianus scripsit: *l. qua actione* 7. §. *si quis in colluctatione* 4. *ff. h. t.* Cujacius *libr.* 21. *observ. cap.* 20. *in fine.* Nec longe ab hac facti specie recedit illa, qua, cum pila complures luderent, quidam ex his servulum, cum pilam percipere conaretur, impulit, & ita cadens servus crus confregit: etenim ita demum cum eo, cujus impulsu servus ceciderat, Aquilia experiri dominus potest, si data opera animoque nocendi impulsio facta sit: cum alioquin casu magis quam culpa damnum videatur datum: *l. si ex plagis* 52. §. *ult. ff. h. t.* Et quamvis publicæ lætitiæ aut festivitatis temporibus stramenta incendere, perque ea ardentia transilire, res licita fuerit: adeo ut, si duo stramenta ardentia transilientes concurrerint ac alter cadendo flamma consumptus sit, agi cum altero nequeat: tamen, si intelligatur, suffocatum ab altero data opera eversum fuisse, recte eo nomine agi, Paulus monuit *l. scientiam* 45. §. *cum stramenta* 3. *ff. h. t.* obtinuit autem potissimum mos ille per stramenta ardentia transiliendi, tempore Paliliorum, seu festo in honorem Palis, pastorum Deæ, unde & quidam montis Palatini denominationem petunt, instituto: quippe in quo post sacra peracta cœnasque paratas pastores per ardentes stipulæ crepitantis acervos membra strenua celeri trajiciebant pede, ut ait Ovidius; quem de hisce paliliis tractantem pluribus vide *Fastorum lib.* 4. uti & Rosinum *Antiquit. Roman. libr.* 4. *cap.* 8. *post med.* D. Noodt *tract. ad leg. Aquil. cap.* 7. *in med.*

25 Sunt insuper, qui utili hujus legis actione tenentur, dum eorum impulsu, auxilio, hortatu, consiliove damnum datum est. Si quis enim alterius impulsu seu protrusione, dum reprimere sese non potuit, tertio nocuerit, non ipse, sed solus impellens conveniendus est: *l. qua actione* 7. §. *proinde* 5. *ff. h. t.* Nec dubium, quin solus plaustri superioris moderator teneatur, si cum plaustra duo in clivo ducerentur, superius culpa plaustrarii cessim ire cœperit, & in plaustrum posterius incidens effecerit, ut illud quoque retro rediens puerum obtereret: *l. si ex plagis* 52. §. *in clivo* 2. *ff. h. t.* sicu-

ti & is, qui canem irritavit, ut aliquem morderet, sive canem tenuerit irritans, sive non: *l. item Mela* 11. §. *item* 5. *ff. h. t.* aut equum percussit, si is dolore concitatus adstanti alteri crus calce confregerit: *l.* 1. §. *generaliter* 7. *ff. si quadrup. paup. fec. dic.* quive animal immisit in pratum alterius, si id nocuerit depastione: *l. ult. C. h. t. l. qui servandarum* 14. §. *ult. ff. de præscript. verbis:* vel boves alterius in angustum coegit locum, eoque effecit, ut dejicerentur: *l. boves alienos* 53. *ff. h. t.* aut servum alterius in insidias deduxit, ut ab alio occideretur: *l. item si* 9. §. *si servum* 3. *ff. h. t.* servove suasit alieno, ut is arborem conscenderet, vel in puteum descenderet, si is in ascendendo aut descendendo mortuus, aut aliqua corporis parte læsus sit: §. *ult. Inst. h. t.*

26. Subnectendæ denique plurimæ factorum species, quæ vel a petulantia vel ab imprudentia vel a nocendi proposito ac dolo profectæ, utili vel directæ legis Aquiliæ actioni pro damno dato locum faciunt: veluti, si quis alium de ponte dejiciat, ut submergatur; puerumve saxo illidat: *l. qua actione* 7. §. *pen. ff. h. t.* si semet ipsum ex alto præcipitans, super alium venerit, eumque occiderit: *l. in lege* 7. *ff. ad leg. Corn. de sicar.* si servum equitantem, concitato equo, fecerit in flumen præcipitari: *l. item si obstetrix* 9. §. *si servum* 3. *ff. h. t.* si, cum una plures equitarent, unus ex his in tuum equum irruens, te aut equum tuum dejecerit, & ita tua aut equi tui crura fracta sint: *l. ult. ff. h. t.* si ancillam virginem maturam aut immaturam compresserit: *l. inter liberas* 6. *ff. ad leg. Jul. de adulter. l. si stuprum* 25. *ff. de injuriis:* si equum alterius coegerit, & in equas suas geniturae suscipiendique fœtus gratia admiserit: *l. si quis uxori* 52. §. *si quis asinum* 20. *ff. de furtis:* si prægnans mulier, aut equa, pugno percussa ejecerit: *l. si servus servum* 27. §. *si mulier* 22. *ff. h. t.* si servus alterius ægrotus leviter percussus, inde perierit; cum aliud alii mortiferum esse soleat: *l. qua actione* 7. §. *sed si quis* 5. *ff. h. t.* si alienas apes excusserit, aut fumo facto fugaverit necaveritve: *d. l. si servus servum* 27. §. *si cum apes* 12. *l. si quis fumo* 49. *ff. h. t.* si panno rubro armenta concitaverit: *l. in furti* 50. §. *ult. ff. de furtis:* §. *interdum* 11. *Instit. de oblig. quæ ex delicto:* si mulas aut equos alienos nimis agitaverit: *l. qui insulam* 30. §. *qui mulas* 2. *ff. locati:* si animal alienum in suo depascens violentia nimia expulsum mutilaverit: *l. Quintus Mucius* 39. §. 1. *ff. h. t.* si aprum laqueo alieno captum laxaverit, & in naturalem dimiserit libertatem: *l. in laqueum* 55. *ff. de acquir. rer. domin.* si facem alieno servo objecerit, eumque adusserit: *l. si servus servum* 27. §. *si quis igitur* 6. *ff. h. t.* si servum vestibus spoliaverit, & is inde frigore enecatus sit, vel eum incluserit, aut alimenta ei adferri prohibuerit, ut fame extingueretur: *l. qui servandarum* 14. §. 1. *ff. de præscript. verb.* §. *ult. Instit. h. t. l. item si obstetrix* 9. §. *si quis hominem* 2. *l. quemadmodum* 29. §. *magistratus* 7. *ff. h. t.* Adhæc si quis alienas vestes inquinaverit aut conciderit: *l. item Mela* 11. §. *pen. l. si servus servum* 27. §. *si quis vestimenta* 18. *ff. h. t. l.* 1. §. 1. *ff. de extraord. crim.* nummos, ut perirent, e manu excusserit: *d. l.* 27. §. *si quis de manu* 21. *ff. h. t.* calicem alterius argenteum in profundum abjecerit: *l. qui servandarum* 14. §. *sed & si* 2. *ff. de præscript. verbis:* mercium suarum servandarum gratia alienarum jactum fecerit sine causa, tempestate necdum satis urgente: *d. l.* 14. *pr. ff. de præscript. verbis:* fructus immaturos decerpserit, maturosve collectos in terram projecerit, ut corrumperentur: *l. si servus servum* 27. §. *si olivam* 25. & 26. *ff. h. t.* lolium aut avenam in segetem alienam seu terram consitam, injecerit: *d. l.* 27. §. *& ideo* 14. *ff. h. t.* frumento arenam aliudve simile, cujus separatio difficilis, miscuerit: *d. l.* 27. §. *item si quis* 20. *ff. h. t.* vinum spurcaverit, vel effuderit, vel acetum fecerit, aut quid ei indiderit miscueritve, quo naturalis bonitas vini corrumperetur: *d. l.* 27. §. *cum eo plane* 15. *ff. h. t.* §. *capite tertio* 13. *in fine Instit. h. t.* arbores alienas ceciderit aut exstirpaverit: *l.* 1. *l. furtum* 7. §. *si quis radicitus* 2. *ff. arborum furtim cæsar. l.* 1. *C. h. t. l. si merces* 25. §. *ipse quoque* 5. *ff. locati: l. denique* 13. *ff. quod vi aut clam.* navem venaliciarum mercium perforaverit: *d. l.* 27. §. *si navem* 24. *ff. h. t.* funem, quo navis religata erat, præciderit: *l. quemadmodum* 29. §. *si funem* 5. *ff. h. t.* protecta aliena, etsi nullo jure supra suam aream emissa, resciderit: *d. l. quemadmodum* 29. §. *si protectum* 1. *ff. h. t.* fores effregerit, ædificium demolierit: *d. l. si servus* 27. §. *si quis ædificii* 31. *l. qui domum* 50. *ff. h. t. l. legis* 2. *C. h. t.* parietem idoneum sustulerit: *l. scientiam* 45. §. *ult. ff. h. t.* aquæductum diruerit: *d. l.* 27. §. *si quis aquæductum* 32. *ff. h. t.* fistulas, quibus aqua ducitur, alieno parieti sic applicitas habuerit, ut inde damnum parieti daretur: *l. si fistulæ* 18. *ff. de servitut. præd. urban.* Chirographum alienum, aut testamenti tabulas, rationes, aliaque similia deleverit; quippe quo casu hac actione legatariis & hæredibus, aliisque, quorum interest pecuniarie, devinctus foret: *l. si quis testamentum* 41. *l.* 42. *ff. h. t. l. qui tabulas* 27. §. *ult. l. quidam* 32. §. *ult. ff. de furtis:* si modo post aditionem hæreditatis contigerit tabularum testamenti deletio: nam si ante aditam hæreditatem id factum esset, actioni doli locum fore, verius est: *l. si quis tabulas* 35. *ff. de dolo.* Adde *tit. de dolo malo.* Pertinent huc denique doliorum cerevisiariorum confractiones & combustiones, quibus occursum variis placitis: Vide *Placit. Holl. vol.* 3. *pag.* 939. 940. nocturnæ grassationes vitrorumque excussiones, variis, etiam arbitrariis pœnis coercendæ secundum placita: *v.* 1. *Placit. Holl. pag.* 519. *& seqq. v.* 2. *p.* 2407. *vol.* 3. *p.* 551. qualia vitia, utinam solius ætatis, non etiam sæpe naturæ essent; ut de Nerone Suetonius; cujus malignos hac in parte mores adscribere lubet, ut quisque rei turpitudine considerata, meliora probet atque sequatur. *Post crepusculum*, inquit, cap. 26. *statim arrepto pileo vel galero, popinas inibat, circumque vicos vagabatur ludibundus, nec sine pernicie tamen; siquidem redeuntes a cœna verberare, ac repugnantes vulnerare, cloacisque demergere assueverat; tabernulas etiam effringere & expilare, ac sæpe in ejusmo-*

di

di rixis oculorum & vitæ periculum adiit, a quodam laticlavio, cujus uxorem attrectaverat, prope ad necem cæsus.

27 Vidimus, quibus in casibus ob damnum injuria datum Aquilia agere permissum sit. Cessat vero jus experiundi hac actione, si nullum vere damnum datum sit, etiamsi forte illicitum de cætero factum appareat. Qua ratione non hac, sed injuriarum potius actione tenetur, qui servum loris aut virgis aut pugnis cædendo, nullo eum pretio viliorem reddiderit, deterioremve: *l. servus servum* 27. §. *rupisse* 17. *ff. h. t.* quemadmodum furti, non hujus judicii, reus est, qui fructus jam maturos decerpserit; aut sylvam cæduam interceperit jam maturam: *d. l.* 27. §. *si olivam* 25. 26. 27. *ff. h. t.* Sed & si puerum quis castraverit, cum non deteriorem ita fecerit, sed pretiosiorem, cessante Aquilia, injuriarum aut ex ædilitio foret edicto agendum: *d. l.* 27. §. *& si puerum* 28. *ff. h. t.*

28 Præcipue vero & Aquilia & omnis alia actio deneganda venit, quoties damnum jure datum probatur; veluti, si servum quis occidat in adulterio deprehensum: *l. qui occidit* 30. *ff. h. t. l. marito* 24. *ff. ad leg. Jul. de adult.* aut lædit eum, a quo vim propriis in ædibus patitur: Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 34. *n.* 10. aut propria in navi, nocturnis præsertim temporibus, & locis suspectis: Vide Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 223. & *part.* 4. *consil.* 150. aut latronem sibi insidiantem, aut furem nocturnum, vel diurnum telo sese defendentem, cum ei parcere sine suo periculo non posset, interficit, secundum ante dicta. Eoque in numero habendus etiam, qui vicinas ædes intercidit, ne ad suas incendium perveniret, siquidem ad ædes vicinas incendium jam pervenerit: neque enim injuria fecisse videri potest, qui se tueri voluit, cum alias non posset, neque damnum dedisse ædibus, etiam sine dejectione æque incendio perituris: *l. si alius fecerit* 7. §. *est & alia* 4. *ff. quod vi aut clam: l. quo naufragium* 3. §. *quod ait* 7. *ff. de incend. ruina naufrag. nave, rate, expugn.* Plane, si ad ædes dejectas haud pervenerit incendium, dejicientem actione rei persecutoria, puta, interdicto quod vi aut clam, teneri, verius est: *d. l.* 7. §. 4. *ff. quod vi aut clam:* at neutiquam hac ex lege Aquilia, quam creditum fuit etiam tunc, cum in simplum concipitur, non rei persecutoriam, sed pœnalem esse: *l. si quis fumo* 49. §. 1. *ff. h. t.* junct. §. *his autem* 9. *Inst. h. t.* Adde D. Noodt *ad leg. Aquil. cap.* 19. Groenewegen ad *l.* 49. *ff. h. t.* Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 22. *n.* 3. & quæ scripsi *ad tit. de lege Rhodia de jactu n. pen.*

29 Simili modo nec hac, nec ulla alia actione coercendum damnum solo casu fortuito sine culpa datum, cujus exempla varia in superioribus adducta sunt. Vide *l. quemadmodum* 29. §. 2. 3. 4. *l. si ex plagis* 52. §. *ult. ff. h. t. l. eum, qui* 5. *C. ad leg. Cornel. de sicariis:* quibus addi potest, si quis, dum duos pugnantes separare allaborat, alterutrum vulnerat absque vulnerandi seu lædendi proposito: Christinæus *ad leg. Mechl. tit.* 2. *art.* 51. *in pr.* nec dubium, quin damno per casum dato illud quoque, quod ab infante aut furioso infertur, accensendum sit: *l. sed & si* 5. §. *& ideo* 2. *ff. h. t. l. infans* 12. *ff. ad leg. Cornel. de sicariis.* Quamvis haud prætermittendum videatur, quandoque casum pro negligentia & culpa in jure poni, ac damna dici casu data, dici & casus fortuitos homicidii, qui ab ira subitanea profecti erant; ac incendia fortuita, quæ a negligentia processerant; ad oppositionem eorum, quæ dolo atque proposito facientis contingunt: *l. qui ædes* 9. *ff. de incend. ruin. naufrag. l. absentem* 5. §. *ult. l. aut facta* 16. §. *eventus* 8. *l. capitalium* 28. §. *incendiarii* 12. *ff. de pœnis.* Vinnius *select. quæst. libr.* 1. *cap.* 33. *fere in pr.*

30 Potest autem cum Actione ex lege Aquilia concurrere accusatio ex lege Cornelia de sicariis, quoties dolo occisus homo proponitur: sic ut judicio criminali nullum ex intentato prius judicio civili fiat præjudicium: *l. inde Neratius* 23. §. *si dolo* 9. *ff. h. t.* §. *liberum* 11. *Instit. h. t.* Quibus non adversatur Paulus, *l. interdum* 4. *ff. de publicis judic.* cum *præjudicium fieri*, non aliud ibi denotet, quam, ex judicio civili, quod prius finitum est, exemplum sumi, ut judices in criminali judicio considerent etiam atque perpendant adhibitas antea civili in lite probationes. Confer Ræyardum *tract. de præjudiciis libr.* 1. *cap.* 1. 2. Et de hoc judiciorum ex lege Aquilia, itemque Cornelia, concursu, Ulpianus quoque meminit libro decimo octavo ad edictum, in *l. sed & si* 5. *pr. ff. h. t.* dum de eo, qui alium se ferro petentem occidit, disserens ait; *qui autem, cum posset apprehendere, maluit occidere, magis est, ut injuria fecisse videatur, ergo & Cornelia tenebitur.* Nec ulla ratio sufficiens est, cur pro *Cornelia* substituatur, *Aquilia*; cum Jurisconsultus illic id unum monstrare intendat, utrum injuria an jure cædes facta sit: injuria autem occidit, qui vel dolo vel culpa hominem necat. Tenetur ergo in casu istius legis occidens ex lege Aquilia, tanquam talis, qui injuria peremit. Sed ne quis existimaret, tantum ex lege Aquilia teneri eum, qui latronem furemve, cum apprehendere posset, obtruncavit, Ulpianus amplius addit, eum quoque *Cornelia teneri;* positis nempe legis Corneliæ terminis habilibus: quod abunde innuitur particula *&; ergo & Cornelia tenebitur.* Quo modo etiam in *d. l.* 23. §. 9. *ff. h. t.* idem Ulpianus eodem libro 18. ad edictum scripsit, *si dolo servus occisus sit, & lege Cornelia dominum agere posse constat;* id est, non tantum ex lege Aquilia, sed amplius, etiam ex lege Cornelia. Nec est, quod excipias, non semper eum, qui injuria occidit, ex lege Cornelia reum esse, sed demum, si dolo. Nam quanquam id verissimum est, non tamen ideo sequitur, perperam interpretationem Ulpiani fieri, dum eum intelligimus positis terminis habilibus doli: cum eodem quoque modo in §. *liberum* 11. *Inst. h. t.* generaliter & indefinite dicatur, *liberum esse ei, cujus servus occisus fuerit & ex judicio privato legis Aquiliæ damnum persequi, & capitalis criminis eum reum facere;* nulla facta doli & culpæ distinctione; quam tamen, uti isti textui aliis ex legibus accommodari oportere certum est, ita ratio nulla suppetit, cur non eandem Ulpiani locus ex eodem Ulpiano restrictionem potius admittat, quam emendationem.

31 Civilia quoque plura judicia cum hoc conjungi posse, veluti injuriarum, arborum furtim cæsarum, servi corrupti, ac alia his similia, expeditum est. Præcipue vero & depositi & commodati & locati & pro socio & pignoratitiæ actionis cum hoc ex lege Aquilia descendente concursus juris nostri placuit auctoribus: *l. unde quæritur* 7. §. 1. *l. in rebus* 18. §. *sive autem* 1. *ff. commodati*: *l. qua actione* 7. §. *ult. l. sed & si is*: 18. *l. si servus servum* 27. §. *si fornacarius* 9. §. *Proculus* 11. *&* §. *pen. l. qui tabulas* 42. *ff. h. t. l. item quæritur* 13. *pr. l. si merces* 25. §. *ipse quoque* 5. *l. qui insulam* 30. §. *qui mulas* 2. *l. si vulneraveris* 43. *ff. locati*: *l. sed si ex causa* 47. §. 1. *& ll. seqq. ff. pro socio*: *l. qui servum* 54. §. *hinc* 2. *ff. de oblig. & act.* Adeo ut, si prius istis actum fuerit actionibus mere rei persecutoriis, hæc ex lege Aquilia quantum ad rem quidem tollatur; non autem quatenus pœnalis est, & actor, hac agens post illas, hoc minus consecuturus sit, quam cæteris ex causis experiundo jam adeptus est: *d. l. unde quæritur* 7. §. 1. *ff. commodati*. Quod & vult *d. l. qui servum* 54. §. *ult. in fine*, *ff. de oblig. & act.* in cujus fine delenda videtur particula *non*, ac legendum *simplo subducto locum habet*, propter verba præcedentia, satis aperte definientia, actionem ex lege Aquilia remanere in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est. Facitque huc argumentum ex *l.* 1. *ff. arborum furt. cæsar.* Neque his contrarium existimari debet, quod tali in concursu læsus alterutra jubetur actione contentus esse: *l. sed & si is* 18. *ff. h. t. l. sed actione* 50. *ff. pro socio*: *l. si merces* 25. §. *ipse quoque* 5. *l. si vulneraveris* 43. *ff. locati*: *l. in rebus* 18. §. *sive autem* 1. *ff. commodati*. Non enim aliud eo ipso significatur, quam quod non possit actor altera actione rem iterum persequi, quam jam priore fuerat judicio adeptus; uti id ex ratione, quæ in *d. l.* 50. *ff. pro socio*, subjuncta invenitur, abunde patet, dum ibi altera jubetur læsus actione contentus esse, *quia utraque actio ad rei persecutionem respicit*, sic ut in legis Aquiliæ actione jurisconsultus non pœnam, sed nudam consideraverit rei persecutionem, dum altera actorem voluit contentum esse; ne alioquin si altera alteram non perimeret, bis idem actor contra bonam fidem consequeretur; quod non metuendum, ubi actione secunda ex lege Aquilia nil amplius, quam pœnam, subducta re, petit, juxta *d. l.* 54. §. *ult. ff. de oblig. & action.* Quo modo etiam, concurrente condictione furtiva & pro socio actione, cessare actionem pro socio responsum fuit, si ex causa furtiva condictio facta esset; sed cum limitatione, *nisi si post condictionem adhuc pluris intersit* agentis: *l. sed si ex causa* 47. *pr. ff. pro socio*.

TITULUS III.

De his, qui effuderint vel dejecerint.

SUMMARIA.

1 *Quales actiones competant ob dejectionem vel effusionem, quæ sit utilitas actionis de dejectis; cui detur, & contra quos? cur inhabitantes teneantur? quid, si plures inhabitent? An contra hospitem seu viatorem receptum? an contra studiosum, ex cujus museo quid dejectum? quis teneatur, si quis cœnaculariam exercuerit; & quid illud sit?*

2 *Quis conveniendus, si ex filiifamilias aut servi inquilini cœnaculo quid dejectum sit?*

3 *Ad quid tendat hæc actio jure Romano & moribus?*

4 *Ad quid agatur, si homo liber dejectione læsus vel occisus sit, jure civili & hodierno; & quinam tunc agere possint?*

5 *Quo in loco, & quo tempore, & unde debeat dejectum esse, ut locus sit actioni de dejectis?*

6 *Quid sit actio de positis & suspensis, cui, contra quos, ad quid detur? etiam ei locus est, si positum deciderit ac nocuerit, quoties læsus putat eam sibi adhuc expedire.*

7 *Inquilinus his conventus actionibus regressum habet adversus eos, qui dejecerunt aut posuerunt.*

1 Non privatim modo, sed & publice interest, ut tuta, & sine damni metu, commeantibus via sit: *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* tuta vero non est, si quid illic dejiciatur aut effundatur, ponatur aut suspendatur, ex quo contingere læsio posset. Quo de re edictum prætoris ad viarum securitatem propositum est, in duas divisum partes: arg. *l. si vero* 5. §. *hoc edictum* 7. *ff. h. t.* Indeque duplex actio prodita, quarum prima est de dejectis & effusis. Etsi enim in aperto sit, plures ob dejectionem effusionemve actiones adversus eos, qui dejecerunt aut effuderunt, comparatas esse; qualis est ex lege Aquilia, injuriarum, quin & accusatio tanquam ex crimine extraordinario, maxime, si quis fimo corrupto transeuntem perfuderit: *l.* 1. §. 1. *ff. de extraordinar. criminib.* utile tamen fuit, hunc quoque de dejectis & effusis induci; cum in ea necesse non sit, personam quæ dejecit designari. Est enim hæc actio ex quasi delicto, competens ei, qui ex dejectione vel effusione damnum sensit, ejusque hæredibus, in perpetuum: contra inquilinum, non item hæredes ejus: *l. si vero* 5. §. *hæc autem* 5. *ff. h. t.* sive proprias sive alienas ædes gratis aut ex conducto inhabitantem, etiam horrearium, aut apothecæ conductorem, vel qui in hoc dumtaxat conductum locum habet, ut ibi opus faciat, vel doceat, ex cujus cœnaculo vel loco conducto quid dejectum vel effusum fuit: §. 1. *Instit. de oblig. quæ quasi ex delicto l.* 1. §. *hæc in factum d. &* §. *pen. l. si vero* 5. §. *horrearius* 5. *ff. h. t.* vel sponte cecidit, cum ante positum aut suspensum esset; nam & hoc pro dejecto aut effuso magis haberi, Ulpianus auctor est *d. l.* 1. §. *quod cum* 5. *ff. h. t.* Licet ipse nec dejecerit nec posuerit; cum culpa ipsius non in dejectione consistat, sed in eo potius, quod aut malignos, aut negligentes intra domus suæ vel cœnaculi septa receperit, quos jure suo repellere poterat, quorumque ideo culpam tenetur præstare: *l. si quis absentis* 5, §. *is quoque* 5. *ff. de oblig. & act. d.* §. 1. *Instit. de oblig. quæ* qua-

quasi ex delicto: *l.* 1. §. *pen. l. si vero* 5. §. 1. *&* 3. *l. pen.* §. 2. *ff. h. t.* Hospes plane seu viator hac actione non tenetur, quia non ibi habitat, sed tantisper hospitatur, tantumque inter habitantem & hospitem interest, quantum inter domicilium habentem & peregrinantem *d. l.* 1. §. *pen. ff. h. t.* quod ipsum etiam vult Ulpianus in *l. si vero* 5. §. *si quis* 1. *ff. h. t.* cum ait, *sed & si hospitaculi habeat, solus tenebitur*; quibus in verbis subaudiri debet repetitio *maximæ partis* in anterioribus propositæ; ut sensus sit, eum, qui cauponam exercet, solum teneri, si maximam partem hospitaculi seu cauponæ, ad hospites excipiendos comparatæ, sibi habeat. Atque ita non erit opus deletione hujus periodi, quam sine sensu esse Cujacius ait *libr.* 21. *observ.* 1. *in fine*: cui tamen facile assentior delenti in *d.* §. 1. *sed si quis cœnaculi, ipse solus tenebitur*, non tam, quia sensum verba non habent, (nam & hic subaudiri potest, *maximam partem*) quam quia in verbis prioribus is casus jam definitus erat. Si plures simul unam domum inhabitent, si quidem pro diviso, actio in eum solum danda, qui inhabitat illam partem, unde effusum est: sin pro indiviso, in unumquemque in solidum agi potest, actoris arbitrio, sed ita, ut solutione per unum facta reliqui liberentur ab eo, qui læsus est; præstituri deinde damni partem, societatis judicio vel utili actione, ei qui solvit: *l.* 1. §. *ult. & ll. seqq. ff. h. t.* quod & tunc obtinebit, cum pro diviso quidem plures inhabitant, sed dejectum quid est ex mediano cœnaculi, id est loco illo, in quo omnes conveniunt, aut in quem distinctæ singulæ ædium partes exitum habent: *l. si vero* 5. §. *interdum* 2. *ff. h. t.* quod & vestibulum commune dicitur, de quo *l. arbor.* 19. §. 1. *ff. communi divid.* vel commune & promiscuum plurium cellarum iter: *l. qui sit fugitivus* 17. §. *apud Cœlium* 15. *ff. de ædilit. edicto.* Aut cum quis cœnaculariam exercens, (id est, notante Gothofredo, totas domos conducens, ut singula deinde cœnacula locet inquilinis quæstus gratia) modicum sibi hospitium retinuit, residuum pluribus locavit: omnes enim tenebuntur, quasi in hoc cœnaculo habitantes, unde dejectum effusumve est: *l. si vero* 5. §. *si quis gratuitas* 1. *in fine ff. h. t.* Aliud dicendum, si cœnaculariam exercens ipse maximam cœnaculi partem sibi habeat; quippe qui solus teneretur; uti &, qui gratuitas dedit habitationes libertis & clientibus vel suis vel uxoris, aut modica amicis suis hospitiola distribuit *d. l.* 5. §. 1. ex quibus præmissis non male collegeris, si quid ex studiosi cubiculo dejectum fuerit, non ipsum hac actione teneri, sed inhabitantem; cum plerumque hic maximam ædium partem sibi habeat; etsi cœnaculariam exerceat, modico tantum hospitio in usum studiosi cedente; nec studiosum satis apte inquilinum, sed magis hospitem dixeris, quippe studiorum causa peregrinantem: arg. *d. l.* 1. §. *pen. l.* 5. §. 1. *ff. h. t.* junct. *l. cives* 7. *C. de incolis*, *auth. habita C. ne filius pro patre.* Ant. Matthæus *de obligationib. disput.* 29. *n.* 12.

2 Filiofamilias seorsim a patre habitante, non pater sed filius ipse conveniendus est, si quid ex filii cœnaculo dejectum sit: §. *pen. Inst. de obligat. quæ quasi ex delicto*: *l.* 1. §. *si filiusfam.* 7. *ff. h. t.* Quin &, si servus habitator sit, in dominum neque noxalis actio danda, quia nihil ipse servus deliquit; neque de peculio, quia nulla ex negotio gesto obligatio est: sed ipse servus officio judicis extra ordinem coercendus: *d. l.* 1. §. *cum servus* 8. *ff. h. t.* Plane si cum domino servus moretur, & ex dominico cœnaculo quid ipse dejecerit, si quidem domino insciente, noxæ deditione poterit dominus conventus liberari: *l.* 1. *in pr. l. si vero* 5. §. *prætor ait* 6. *ff. h. t.* sin eo sciente & patiente, non noxali judicio dominus, sed suo nomine condemnandus foret: arg. *d. l.* 5. §. *positum* 10. *ff. h. t.*

3 Tendit hæc actio ad id, ut præstetur duplum damni dati, si illud rebus æstimationem recipientibus illatum sit: *d.* §. 1. *Inst. de oblig. quæ quasi ex delict.* in quo cum hæc ab actione legis Aquiliæ distet, quæ plerumque in simplum est, ex inficiatione demum in duplum crescens, quemadmodum & in eo, quod sic ex culpa aliena condemnatio fit, utrumque probabiliter ob publicam viarum utilitatem: *l.* 1. §. *hæc in factum* 4. *ff. h. t.* consequens est, ut actionum harum termini haud confundendi sint, quod tamen fieret, si vulgata servaretur lectio *legis* 5. §. *cum autem* 4. *ff. h. t.* in qua proinde pro verbis, *cum autem legis Aquiliæ actione propter hoc quis condemnatus est*, reponendum esse, *cum autem in factum actione* &c. monuit D. Noodt *probabilium libr.* 1. *cap.* 10. Hodie tamen non in duplum, sed tantum ad damni reparationem dari solere hanc actionem, post alios notat Groenewegen ad *d.* §. 1. *Inst. de oblig. quæ quasi ex delicto.*

4 Quod si homini libero per dejectionem vel effusionem nocitum sit, cuivis quidem ex populo intra annum popularis actio datur, sed læso ipsi in perpetuum, ad impendia in curationem facta, & æstimationem operarum, quibus læsus caruit & in posterum cariturus est, nulla cicatricum, deformitatis, dolorisve habenda ratione: *l.* 1. *pr. l.* 5. §. 5. *l. ult. ff. h. t. d.* §. 1. *Inst. de obl. quæ quasi ex delict.* quorum tamen etiam rationem haberi oportere moribus hodiernis, si desideretur, tit. præcedente dictum fuit. Si liber homo inde perierit, ad quinquaginta aureos actio in factum comparata est, eaque annalis & popularis: dummodo sciamus, ex pluribus desiderantibus hanc actionem ei potissimum dari debere cujus interest, vel qui affinitate cognationeve defunctum contingit: *l. si vero* 5. §. *hæc autem* 5. *ff. h. t.* ut puta uxori, liberis, quos etiam hodie non præcise ad aureos quinquaginta agere obtinuit, sed ad id, quanti judici æquum videbitur ob victum, quem occisus potuisset iis probabiliter præbere: Groenewegen, & Parens p. mem. Paulus Voet ad *d.* §. 1. *Instit. de oblig. quæ quasi ex delicto n.* 2. Quales etiam hæc petendo non videri se gessisse pro hærede, dicetur plenius *tit. de acquir. vel omit. hæred.*

5 Nihil autem interest, quo tempore dejectum sit, de die, an de nocte; nec, utrum ex ædibus an ex navi, quo casu utilis actio contra magistrum est: *l. pen. pr. & §. seqq. ff. h. t.* nec denique, utrum publicus locus sit, an vero privatus, si modo

do

do soleat illac eo tempore, quo dejicitur, iter vulgo fieri: *l.* 1. §. *parvi* 2. *ff. h. t.* arg. *l. si putator.* 31. *ff. ad leg. Aquil.* Proinde, si quis dejecerit in eo loco, quo vulgus nunc demum incipit iter facere, cum antea non soleret, cessat hæc actio: *l.* 1. §. 2. *ff. h. t.*

6 Altera est actio de positis & suspensis, competens cuivis ex populo, & hæredi, non, qua hæredi, sed qua uni ex populo: *l. si vero* 5. §. *ult. ff. h. t.* adversus inquilinum, vel eum, qui vacuis in ædibus quid poni vel suspendi passus est, etsi ipse non posuerit; etiam contra dominum, cujus servus posuit, si ipse id sciens, positum patiatur, sic ut tunc non noxali judicio, sed suo nomine conveniendus sit: *d. l. si vero* 5. §. *prætor ait* 6. §. *aut prætor* 8. *&* §. *positum* 10. *ff. h. t.* non contra hæredes *d. l.* 5. §. *ult. ff. h. t.* ad pœnam decem aureorum: *d. l.* 5. §. 6. §. 1. *Instit. de oblig. quæ quasi ex delicto:* dummodo primo quidem positum suspensumve fuerit supra locum illum, qua vulgo iter fit, in suggrunda protectove: *d. l.* 5. §. 6. *&* 9. *ff. h. t.* unde, cum pictor in pergula clypeum vel tabulam expositam habuisset, aut amphoram ex reticulo suspensam, eaque excidisset, actionem hanc summo jure non competere palam est; quia neque in suggrunda neque in protecto, adeoque non supra illum locum quo vulgo iter fit, quicquam positum aut suspensum fuerat: ad exemplum tamen hujus actionis utilem actionem dari oportere, Servius respondit *d. l.* 5. §. *pen. ff. h. t.* Sed & secundo necesse, ut periculose positum sit; id est, ita positum, ut & probabilis decidendi metus sit, & possit positum, si cadat, nocere: *d. l.* 5. §. 6. *&* 11. *ff. h. t.* Quod si id, quod positum fuerat, ceciderit, actioni de dejectis & effusis utili contra inquilinum, vel ex lege Aquilia contra ponentem, locus est: *l.* 1. §. *quod cum* 3. *d. l.* 5. §. *pen. ff. h. t.* neque tamen eundum inficias, quin & post casum actio de positis & suspensis supersit; cum JCtus dicat, *coerceri eum, qui positum habuit, sive nocuit id, quod positum erat, sive non nocuit;* nocere autem posita aut suspensa non soleant, nisi cadendo: *d. l.* 5. §. *prætor ait cujus* 11. *ff. h. t.* Quod autem in *d. l.* 5. §. *si id* 12. *ff. h. t.* subjungitur, *si id, quod positum erat, deciderit & nocuerit, in eum qui habitaverit* hanc actionem *non competere;* non eo sensu accipiendum est, quasi ea prorsus denegata esset; sed potius, quod plerumque non expediat post casum, ea agi; *quasi hæc actio non sufficiat;* dum ex eo, quod decidit, sæpe plus damni contingit, quam est in pœna decem aureorum hac actione petendorum. Proinde si tam exigua ex casu læsio illata sit, ut utili de dejectis actione ne decem quidem aureos læsus consequi posset, quia jam expedit etiam post casum actio de positis & suspensis, recte per eam decem aureorum pœna petetur. Unde & in verbis sequentibus dicti §. 12. Servius dicitur respondisse, ad exemplum hujus actionis de positis & suspensis, oportere dari actionem, scilicet utilem, si pictor non in suggrunda protectove, sed in pergula, adeoque non supra viam, clypeum aut tabulam positam habuisset, eaque excidisset, & nocuisset transeunti.

7 Quoties autem inquilinus propter ea, quæ per alium dejecta vel suspensa sunt, quid solvere coactus fuit, actione in factum contra ponentem vel dejicientem regressum habet: *d. l.* 5. §. *cum autem* 4. *ff. h. t.*

TITULUS IV.

De noxalibus actionibus.

SUMMARIA.

1 *De æquitate noxalium actionum; jus singulare est, si servus injuriam intulerit.*

2 *Recensentur delicta privata, in quibus actio noxalis locum habet. Non datur, si crimen publicum, vel extraordinarium, vel populare a servo commissum sit; nec, si ex privato delicto criminaliter extra ordinem agatur.*

3 *Non etiam datur, si ex servi contractu obligatio descendat, licet tunc dolus servi intervenerit, nisi minor dolo servi læsus sit. An & ex quasi delicto?*

4 *Quibus detur noxalis actio? An fructuario, cui servus fructuarius nocuit? an uni ex pluribus servi dominis; & quid juris, si pluribus nocitum sit?*

5 *Datur contra dominum servi. Quis conveniri possit, si servus jam manumissus aut alienatus sit?*

6 *Quinam sint effectus noxæ deditionis, & quid si non dominus noxæ dederit? An & quando noxalis actio contra bonæ vel malæ fidei possessorem, fructuarium, creditorem jus pignoris in servo habentem, commodatarium, similesque dari possit?*

7 *Recensentur casus, quibus quis noxali actione conventus liberari nequit noxæ dando. An, si domino sciente & patiente servus deliquerit, directa & noxalis actio contra dominum detur, & an altera alteram tollat? quid, si unus dominorum sciverit, alter ignoraverit? quid, si omnes sciverint?*

8 *Recensentur casus, quibus neque damnum reparandum, neque servus noxæ dandus, sed reus a judicio noxali liberandus est?*

9 *Quid juris, si plures servi simul deliquerint? Quid, si servus unus sæpius deliquerit, & dominus ab uno conventus, damnum reparaverit, aut servum agenti noxæ dederit? peti potest exhibitio familiæ servorum, ut agnoscatur servus qui læsit: quo in loco noxalis actio movenda sit?*

10 *Olim noxalis actio etiam ex filiifamilias delicto dabatur, hodie non. Quo modo, & quo usque hodie parentes & domini ex liberorum famulorum & ancillarum delictis regulariter teneantur? Jus singulare, quod insolatores* (Bleeckers) *& collium cunicularionum conductores ex factis famulorum & ancillarum teneantur? & quo usque pater, cujus filius puellam prægnantem fecit, respectu alimentorum ac dotis?*

I

1 Noxales actiones generaliter quidem non ex delictis tantum servorum, sed & ex factis animalium, quin & ex eo, quod res nostræ inanimatæ rebus alienis damnum intulerunt, oriuntur: *l. prætor ait 7. §. hoc edictum 1. ff. de damno infecto*: sed cum jam ante de obligatione ex factis animalium seu pauperie descendentibus actum sit in *tit. si quadrupes paup.* noxales hic in specie dicuntur actiones, quæ nascuntur ex delictis servorum: *pr. & §§. seqq. Instit. de noxal. action.* Etsi enim melior quidem conditio nostra per servos nostros, at non deterior fieri potuerit: *l. melior 133. ff. de reg. juris*: tamen ne servorum alienorum malitia læsi penitus in damno hærerent, ex æquitate receptum fuit, aut damnum ipsis reparari debere, aut ipsos servos maleficii causa noxæ dedi; & in hoc servos deteriorem posse facere dominorum conditionem: *l. 1. §. quod igitur 15. in fine ff. de vi & vi armata*: sic ut actionum harum vis ea ac potestas sit, ut condemnatis liceat deditione ipsius corporis, quod deliquerit, evitare litis æstimationem: *l. 1. ff. h. t.* eo excepto, quod, intentata noxali injuriarum actione, in arbitrio domini sit, utrum litis æstimationem sufferre velit, an servum noxæ dare, an verberandum eum exhibere, ut ita verberibus satisfiat ei, qui injuriam passus est: *l. sed si unius 17. §. cum servus 4. ff. de injuriis*.

2 Ut autem noxali actioni locus sit, servi delictum requiritur, idque privatum, veluti furti, injuriarum, rapinæ, damni injuria dati: *pr. & §. sunt autem 4. Instit. h. t. d. l. 1. ff. h. t.* aut cum aliud quid simile dolo servi factum est, quod in contractum aut quasi non cadit: *l. si quis affirmavit 9. §. &, si servum 4. ff. de dolo*: puta, si servi alieni mores corruperit: *l. doli verbum 5. §. pen. ff. de servo corrupto*: si falsum modum dixerit, cum mensor esset: *l. si duobus 3. §. ult. ff. si mensor fals. mod. dix.* si arbores furtim ceciderit: *l. si servi 22. C. h. t.* si in jus vocatum vi exemerit, dolove ejus factum sit, quo minus quis judicio se sistat: *l. 1. §. 1. ff. ne quis eum qui in jus voc. vi eximat*: *l. 1. §. pen. l. 2. ff. de eo per quem fact. erit quo minus quis judicio se sistat*. Neque vero publicum crimen, neque extraordinarium, a servo perpetratum, noxæ deditioni locum facit; sed magis ipse servus accusandus est, eumque in finem a domino exhibendus: *l. si criminis 2. C. ad exhibendum*: ac ab eodem, si ita videatur, defensus, condemnandus, ut legitimis aut arbitrariis plectatur pœnis, si nocens deprehendatur: *l. pen. in fine C. h. t. l. quis sit fugitivus 17. §. noxas 18. ff. de ædilit. edicto*: *l. si cuidam 2. C. de accusationibus*: arg. *l. 1. §. 1. ff. de pœnis*: Sed & in popularibus actionibus, si servi a dominis non defendantur, nec pœnam pecuniariam solvere domini eorum parati sint, cessante noxæ deditione, corpus torquendum est: *l. prætor ait 3. §. pen. ff. de sepulchro violato*: *l. si quis id 7. §. in servos 3. ff. de jurisdict.* junct. *l. 1. §. ult. de pœnis*: imo, cum ex delictis privatis furti rapinæ injuriarum vel civiliter agi possit vel criminaliter, si quis extra ordinem pœnam publicam exerceri velit, noxæ dationi locus non est: arg. *l. ult. ff. de injuriis*: *l. ult. ff. de furtis l. ult. ff. de privatis delictis*: quibus etiam in casibus, si puniti pœnæ suæ supersint, dominis suis restituendi sunt: *d. l. ult. ff. de injuriis*.

3 Ex contractu vel quasi si oriatur obligatio, non noxalis, sed de peculio actio est: *l. 1. ff. h. t.* licet delictum quoque versetur, seu dolus servi in contrahendo interveniat: *l. ex contractibus 49. ff. de oblig. & action.* eo excepto, quod, si servus dolo minorem in contrahendo circumvenerit, nec ex servili peculio possit minori res salva esse, servus noxæ dandus sit, aut verberibus castigandus: *l. quod si minor 24. §. si servus 5. ff. de minor. 25. annis*. Quasi delicta quod attinet, videndum, utrum ipse servus quasi deliquerit, an vero verum ipse delictum perpetraverit, sed tale, ut inde dominum quoque ex quasi delicto fecerit obligatum. Etenim, si vere deliquerit, puta dejiciendo ex cœnaculo per dominum habitato, vel furtum committendo in nave, cum opera ejus in nave exercenda dominus uteretur, dominus de dejectis & effusis actione aut exercitoria ex quasi delicto conventus, liberari potest servum delinquentem noxæ dando; cum ignoscendum ei videatur, quod quali quali servorum propriorum opera usus sit, quasi in domestico quodam malo: *l. unic. §. pen. ff. furti adversus nautas caup. stabular. l. 1. in pr. l. si vero 5. §. prætor ait 6. ff. de his qui effud. vel dejecer.* Sin servus ipse quasi deliquerit, dum ipse cœnaculi habitator est; & ex cœnaculo ejus quid dejectum effusumve fuit; nec noxalis, nec de peculio, nec ulla alia actio in dominum eo nomine datur; non de peculio, quia nihil a servo gestum, seu contractum est; non noxalis, quia non ex delicto proprio servi obligatio venit: sed extra ordinem officio judicis servus erit corrigendus, quia culpa non caret: *l. 1. §. cum servus 8. ff. de his qui effud. vel dejec.* eodem modo, quo & olim pater ex quasi delicto sui filiif. seorsim habitantis neque de peculio neque noxali conveniri poterat, sed cum ipso filio agendum erat: *l. si quis absentis 5. §. is quoque 5. in fine ff. de oblig. & action.* Sane si servus per suum vicarium navem exercuerit, & vicarius in ea damnum dederit, læso perinde in dominum actio danda foret, ac si servus ipse liber, & hic vicarius servus ejus esset, adeoque, quasi liber homo ex quasi delicto obligatus esset ob propriorum servorum delictum; ut proinde de peculio servi sui ad noxam dedere vicarium teneatur: *l. si in re 19. §. ult. ff. h. t.*

4 Sunt autem actiones hæ noxales qualitates adjectitiæ directarum actionum, ideoque vel civiles vel prætoriæ, prout directarum origo ex civili aut prætorio jure est: *§. sunt autem 4. Inst. h. t.* licet ipsa noxæ dandi facultas ex lege 12. tabularum jam olim competierit: *pr. Instit. si quadrupes paup. fecisse dic.* & dantur illis, quibus alioquin directæ ex delicto hominis liberi fuissent dandæ, etiam usufructuario, cui servus fructuarius nocuit; quippe qui hic non pro domino sed pro extraneo habetur: *l. is, qui usumfructum 18. l. 19. §. 1. ff. h. t. l. sed si unius 17. §. si servus 9. ff. de injuriis*. Si

plu-

plures læsi, singulis pro sua parte quantum ad litis æstimationem, etsi noxæ deditio tanquam individua etiam uni in solidum facienda sit: *l. si servus* 27. §. 2. *ff. ad leg. Aquil. l. si in re communi* 19. *ff. h. t.* Non tamen ipsi domino servi competunt; usque adeo; ut, si plurium communis servus in re unius domini damnum dederit, non noxali actione, sed communi dividundo vel familiæ erciscundæ judicio agendum sit, ut damnum reparetur, aut parte cedatur: licet sic effectu inspecto hæ actiones quodammodo noxales sint: *l. si servus communis* 61. *ff. de furtis: l. si servus* 27. §. 1. *ff. ad leg. Aquil. l. cum servus communis* 41. *ff. h. t.*

5 Instituendæ vero contra dominos servi (vel animalis, juxta tradita in *tit. si quadrup. pauper. fec.*) damnum dantis; & eos quidem novissimos, non pristinos, cum noxa caput sequatur: nisi dolo malo, evitandi hujus judicii causa, possidere desierint hi quondam domini; quo casu in actoris arbitrio est, pristinum an novum dominum vel ipsum servum manumissum convenire malit, ita ut electione alterius alter liberetur: §. *omnis autem* 5. *Inst. h. t. l. de illo* 24. 25. 26. *ff. h. t. l.* 1. §. *&*, *cum* 12. *ff. si quadrupes pauper. fec. dic.* quo tamen casu si manumissus aut novus dominus ad defensionem se offerat, pristinus exceptione se jure tuebitur; eo quod electionem hanc prætor introduxit, ne eluderetur actor: *d. l.* 26. Si plures sint domini, singuli in solidum conveniri possunt, sive possideant, sive dolo desierint possidere; ut totum servum, non solam partem suam, defendant: *l. si plurium* 5. *l. si servus communis* 8. *l. electio* 26. §. *his consequens* 1. *l. si plurium* 39. *ff. h. t.* An & quo modo contra non dominos dentur, ex seqq. apparebit.

6 Finis harum actionum est, ut damnum reparetur, aut servus noxæ detur, secundum ante dicta. Cujus deditionis effectus est, non tantum, quod plenissima per eam contingat liberatio, si modo id, quod ex delicto servi ad dominum pervenit, simul reddatur: §. *dominus* 5. *Inst. h. t. l. pen. C. h. t.* & servus a domino noxæ detur nulli jure pignoris obligatus; nam si appareret, eum pignoris vinculo nexum esse, actioni doli locus foret: *l. si quis affirmavit* 9. §. *&*, *si servum* 4. *ff. de dolo* (de cujus legis lectione varia, Confer Rævardum *lib.* 3. *variorum cap.* 7.) quodque servus sic noxæ datus, si novo domino damnum resarcierit, liber fiat: *d.* §. 3. *Instit. h. t.* sed &, quod servi aut animalis dominium transeat in eum, cui noxæ datur: *d.* §. 3. si modo noxæ dans dominus fuerit. Nam si bonæ vel malæ fidei possessor sit, aut fructuarius, aut creditor jus pignoris habens, aut commodatarius, aut precario tenens, aut depositarius, non plus juris transferre potest, quam ipse habet: *l. nemo plus juris* 54. *ff. de reg. juris:* adeoque nec dominium: *l. si noxali* 27. §. 1. *ff. h. t.* Considerandum etenim, domino quidem præsente, & apparente ac parato servum defendere, non hos enumeratos, sed solum dominum noxali posse judicio conveniri; cum, quantum ad hoc edictum attinet, domino servire & in ejus potestate esse intelligatur, maxime, si copiam habeat recuperandi hominis: *l. si servus depositus* 22. *pr. &* §. 1. 2. *ff. h. t.* & hac ratione caveatur, ne multiplicentur lites; quippe quæ prius contra possessorem motæ, iterum postea contra dominum vel actione intentata vel opposita exceptione movendæ sunt; in quantum dominus servum per hosce non dominos noxæ datum vindicare summo jure non prohibetur, sed doli mali exceptione repellitur; donec litis offerat æstimationem, vel, si possidere aliquo casu cœperit, publiciana actione convenitur: *l. bona fide* 11. 12. 13. *l. si noxali* 27. §. 1. *l.* 28. *ff. h. t.* Domino autem vero non apparente, aut non præsente, aut præsente quidem, sed defendere nolente, adversus hos omnes recte agitur; adeo ut, ipsis defensionem suscipere nolentibus, prætor pignoris persecutionem aut ususfructus alteriusve juris similia actionem denegaturus sit: *l. si ex duobus* 17. §. *si plures* 1. *l. electio* 26. §. *ult. l.* 27. *pr. ff. h. t. l. si cum usufructuario* 3. *ff. si ex noxali causa agatur quemadm. cav.* imo quia bonæ fidei possessor, durante bona fide, pro domino est, nec verus dominus quæri potest per eos, qui hunc dominum esse arbitrantur; hinc ipsum noxali judicio teneri, dominum non teneri, responsum est: *l. bona fide* 11. *ff. h. t.* Quod ergo Ulpianus *in l. si servus servum* 27. §. *servi* 3. *ff. ad leg. Aquil.* ait, *servi occidentis nomine dominum teneri, eum vero, cui bona fide servit, non teneri*, recte de eo casu acceperis, quo verus servi dominus jam innotuit & præsens est, sic ut cum eo experiundi potestas sit. Et quod idem alibi scripsit, actionem de servo corrupto contra bonæ fidei possessorem non dari: *l.* 1. §. 1. *ff. de servo corrupto:* id inde est, quia illa in eum demum est comparata, qui mores serviles dolo corrupit, qualis dolus in bonæ fidei possessorem, durante bona fide & opinione quod re sua abutatur, non cadit.

7 Sunt tamen casus, quibus dominus noxæ deditione defungi nequit, sed totum tenetur damnum reparare, veluti si dolo malo dominus servum possidere desierit, ut ante dictum: si servum suum esse, vel se possidere, per mendacium negaverit: *l. quotiens* 21. §. *prætor ait* 2. *ff. h. t. l.* 1. §. *interdum* 15. *ff. si quadrup. paup. fec.* quo tamen casu nec hæredi nec in hæredem ex mendacio actio est; & pœnitentiæ locus usque ad litem contestatam: *l. electio* 26. §. *pen. ff. h. t.* si condemnatus quadrimestre spatium condemnatis indultum elabi passus sit: *l. item veniunt* 20. §. *idem recte ait* 5. *ff. de petit. hæred.* si servus post litem contestatam ab alio occisus sit, nec dominus velit adversus occidentem actiones cedere: *l.* 1. §. *pen. ff. si quadrup. paup. fec.* si servus publicani in vectigalibus exigendis rapinam admittens non exhibeatur: *l.* 1. §. *ult. ff. de publican. & vectigal.* si servus depositus depositario furtum fecerit, aut quis certum servum emi mandaverit, & is emptus mandatario res subduxerit, licet deponens vel mandans ignoraverit, eum furem esse: *l. si servus* 61. §. *quod vero* 5. *ff. de furtis:* si servus pignori datus ab eo, qui non ignorabat eum furem esse, creditori res eripuerit: *l. si servus* 31. *ff. de pignorat. actione:* si dominus se in potestate sua habere fateatur, & nec exhibeat servum, nec absentem defendat: *l. si servus depositus* 22. §. *dominus* 5. *ff. h. t.* si domino jubente, vel scien-

sciente nec prohibente, cum id posset, damnum a servo datum fuerit, cum ita directis ipse actionibus teneatur: *l. pen. C. h. t. l. si servus sciente* 2. *l.* 5. 4. *ff. h. t.* etsi non sit eundum inficias, quin dominus suo nomine directæ actioni sic obnoxius redditus, insuper noxali judicio servi sui nomine conveniri possit, ut litis æstimationem præstet, aut servum suum noxæ det: sive jusserit, ut servus delinquat, sive non jusserit, sed cum posset, non prohibuerit. Etenim si solummodo non prohibuerit, cum id posset, manifestum non modo domini, sed & ipsius servi delictum est; quippe cum hoc casu servus sua sponte fecerit, & nulla pressus jussione domini, nulla etiam parendi necessitate potuerit excusari, adeoque nec dubium esse potuit, quin & directæ actioni & noxali locus esset: *l.* 2. §. 1. *l. in delictis* 4. §. *cum dominus* 2. *ff. h. t.* Sed &, si jussus domini intervenisse proponatur, tametsi tunc parendi necessitas servum a delicto videatur excusare: *d. l.* 2. §. 1. *ff. h. t. l. ad ea* 157. *l. is damnum dat.* 169. *ff. de reg. jur.* delicto autem servili deficiente noxale quoque judicium deficiat: tamen ob auctoritatem legis 12. tabularum Ulpiano post Marcellum & Julianum placuit, cum actione directa noxalem servi nomine contra dominum jubentem permitti: *d. l.* 2. §. 1. *ff. h. t.* justissima sane ratione; tum ne melioris alioquin conditionis esset manifestus improbiorque ex jussu auctor delicti, quam qui conniventibus oculis delinqui permisit: tum quia in iis, quæ facti atrocitatem habent, servi ne ex eo quidem, quod ex parendi necessitate facinus commiserint, venia digni sunt: *l. servus non in* 20. *ff. de oblig. & act. d. l. ad ea* 157. *ff. de reg. jur.* Adde D. Noodt *tract. de lege Aquil. cap.* 10. *pag.* 48. *in fine* 49. 50. Sive autem directa actione dominus conventus fuerit, noxalis evanescit; sive noxali prius agatur, directa perit: *l. in delictis* 4. §. *cum dominus* 2. *ff. h. t.* nec contradicit Ulpianus in *d. l.* 2. *in fine ff. h. t.* dum ait, *dici posse etiam servi nomine cum domino agi posse noxali judicio*; ut, *quod detur Aquilia adversus dominum, non servum excuset, sed dominum oneret.* Etenim & hoc sat grave domini onus est, quod pluribus actionibus actoris arbitrio conveniri possit, etsi electione unius altera pereat. Firmatque hanc legis sententiam, quod, auctore Paulo, & eodem Ulpiano; in dominum, qui scivit, ac contra quem noxali judicio actum est, amplius directa actio detracta noxæ deditione danda non sit: *l. in delictis* 4. §. *ult. ff. h. t.* atque insuper, si dominus, quo sciente peccatum est, servum peccantem alienaverit, sicque cum emptore noxali fuerit actum judicio, conveniri amplius venditor non possit: *l. noxali autem* 7. §. 1. *ff. h. t.* Aliter, quam obtinet, si plurium servus omnibus scientibus deliquisset: cum enim perinde tunc sit, ac si singuli delictum perpetrassent, altero convento ac solvente, alter liberatus non est: *l. si plurium* 5. *ff. h. t.* &, si ex duobus dominis uno sciente, altero ignorante servus deliquerit, ac ante cum eo, qui nesciebat, actum sit, adhuc cum sciente in id quod deest agi potest: *l. si communis* 9. *l. si ex duobus* 17. *ff. h. t.*

8 Sunt & e converso casus, quibus dominus nec damnum reparare cogitur, nec servum aut animal noxæ dare: scilicet si bona fide servum alienaverit aut manumiserit, prout ante dictum, si pro derelicto habuerit: *l. quemadmodum* 38. §. *Julianus* 1. *ff. h. t.* si ante litem contestatam dominus mortuus sit; cum contra hæredes locus non sit noxalibus actionibus, nisi quatenus servi aut animalis, quod nocuit, possessores sunt: *l. noxalis autem* 7. junct. *l. pen.* §. *ult. ff. h. t. l.* 1. §. *ult. ff. si quadrup. paup. fecisse dic.* si ad eum, cui nocitum est, servus ante litem contestatam pervenerit: secus si post: *l. si alienus* 37. *ff. h. t.* §. *si servus* 6. *Instit. h. t.* sive in totum, sive pro parte tantum ad eum pervenisse proponatur; non enim contra socium huic actioni, sed communi dividundo, locus est: *l. si servus communis*: 8. *l. cum servus communis* 41. *ff. h. t.* Ad hæc, si non dominus alienum servum suum esse in jure confessus, solverit: *l. electio* 26. §. *si servum* 5. *ff. h. t.* si cum domino quasi conscio actum fuerit actione directa, & is absolutus sit; nam tunc ad noxale judicium recurri nequit; etsi pendente lite mutare liceat, & pro directa noxalem movere: *l. in delictis* 4. §. *ult. ff. h. t.* si reus servum pendente lite in sua potestate habere desierit sine sua culpa factove: *l. si quis a multis* 14. §. *ult. l. quotiens* 21. *pr. l. pen. ff. h. t.* si ante litem contestatam servus mortuus sit, etiamsi dominus ante servi interitum desiisset eum dolo malo possidere, si modo in lite suscipienda nullam moram fecerit: *l. electio* 26. §. *si is, quem* 4. *l.* 39. §. *ult. l.* 42. §. 1. *ff. h. t. l.* 1. §. *plane* 13. *ff. si quadrup. paup. fecisse dicatur.* Si lapsum sit tantum temporis spatium, quo & directæ actioni præscribitur ex civili aut honorario jure: adeoque si directæ temporales sint, veluti de vi bonorum raptorum, hæ quoque noxales tales erunt: *l. pen. C. h. t.* sin illæ perpetuæ, harum quoque duratio perpetua est, veluti ex furto, aut damno legis Aquiliæ: & ad actiones noxales ex hujusmodi causis descendentes, restringendum est, quod generalius assertum invenitur in *l. pen.* §. *ult. ff. h. t.* actiones noxales perpetuas esse.

9 Si plures servi simul delictum commiserint, vel omnes noxæ dandi sunt, vel sic pœna præstanda, quasi unus homo liber deliquisset: *l. quod ait* 31. *ff. h. t. l.* 1. *pr. & tot. tit. ff. si familia furtum fecisse dic.* Si servus unus plura commiserit delicta, & unius delicti nomine conventus dominus litis æstimationem præstiterit, adhuc reliquorum delictorum nomine judicio noxali obnoxius manet: *l. qui ex pluribus* 20. *ff. h. t.* contra, si servus ex uno delicto noxæ datus sit ei, qui primus sententiam obtinuit, reliquæ extinguuntur actiones noxales, tam contra noxæ dantem, quam contra accipientem; sic ut occupantis melior conditio sit, non ejus, qui prior egit, sed qui prior sententiam obtinuit: *l. si quis a multis* 14. *d. l.* 20. *ff. h. t.* Neque his adversatur *l.* 1. *in fine*, junct. *l.* 2. *ff. si ex noxali causa agat. quemadm. cav.* ubi noxæ deditus perinde haberi videtur, ac si venditus esset, adeoque reliquis suæ non peremptæ actiones noxales. Non enim aliud lex vult, quam eum, qui noxali judicio conventus cavit, *servum in eadem causa sisti*, non intelligi in eadem causa servum stitisse secundum Ofilium, si eum sistat alteri noxæ datum, quia tali

noxæ deditione cæteris noxalem perimi actionem, Ofilius putat *d. l.* 1. *in fine:* sed alio jure Romanos uti secundum Paulum, auctorem *d. legis* 2. & per illam noxæ deditionem, quæ post cautionis hujus interpositionem sequitur, noxæ deditum servum *ex præcedentibus causis non liberari*, id est, ex causis, quarum intuitu prætor jam fuerat aditus, & cautio de servo in eadem causa sistendo jam intervenerat; sed talem noxæ deditionem venditionis loco esse, & noxam perinde caput sequi, ac si servus venditus fuisset. Quod longe diversum est a præsenti quæstione, neque impedit, quo minus, si bona fide servus noxæ datus sit ei, qui primus sententiam obtinuit, reliquæ noxales extinguantur actiones, tam contra noxæ dantem, quam contra accipientem, atque ita secundum jam probata melior occupantis conditio sit. Eodem modo, quo id in actione de peculio quoque receptum est *l. si vero adhuc* 10. *ff. de peculio.* Si noxali judicio acturus aut servum non recognoscat, aut nomen non teneat, sciat tamen ex cujus domini familia servus sit, recte actione ad exhibendam familiam experitur, ut ex præsentibus noxium agnoscat: designandus enim servus est, cujus nomine actor agere vult: *l. in hac* 3. *§. si quis noxali* 7. *ff. ad exhibend.* Non quovis autem in loco noxale judicium intentari, aut dominus ad suscipiendam servi defensionem adigi potest, sed illic tantum, ubi deliquisse arguetur: *l. ult. ff. h. t. l. si cui* 7. *§. pen. ff. de accusation.*

10 Cæterum olim filiisfamilias etiam delinquentibus, noxalis in patrem actio erat; cujus vestigia in pandectis sunt: *l. noxali judicio* 33. *& ll. seqq. ff. h. t.* Sed jure novo id mutatum: *§. ult. Inst. h. t.* Et quamvis apud nos, multasque gentes alias, nullus servorum usus sit, utilitatem tamen suam præbent etiamnum hodie pleraque, quæ de noxalibus judiciis fuere in antecedentibus tradita: errant enim toto cœlo, qui noxæ deditiones ab usu recessisse putant; cum & animalia pauperiem facientia noxæ dari pro damno posse ad id, ut plenissima contingat liberatio: *tit.* 1. dictum sit; usque adeo, ut ne ob præcedentem quidem inficiationem, qua nostrum esse vel a nobis possideri negabatur, quod nocuerat, nunc noxæ dandi facultas impedita censeatur. Groenewegen ad *l.* 22. *§. ult. ff. h. t.* & de navigiis, quandoque pro noxa relinquendis per exercitores, jus traditum *tit.* 2. *de lege Aquilia.* Quod autem attinet delicta per famulos hodiernos aut filios in sacris paternis positos perpetrata, operæ pretium fuerit paucis exponere. Ac primo quidem admonendi sumus, dominos, ac patres in solidum teneri ex delictis famulorum ac filiorum, etsi aut nulla aut longe minor merces famulo debita sit; quoties illi deliquerunt in officio aut ministerio, cui a patre dominove fuerunt præpositi; cum his imputandum sit, quod negligentium aut malignorum operas ministerio certo aut officio addixerint: arg. *l. ult. pr. ff. de custod. & exhibit. reorum: l. si servus servum* 27. *§. si fornacarius* 9. *ff. ad leg. Aquil. l.* 1. *pr. & §. pen. l. quantæ* 12. *§.* 1. 2. *ff. de publicanis: l. unic. pr. & §.* 1. *& ult. ff. furti adversus naut. caup. stabularios: l. ult. ff. nautæ caup. stabularii ut recepta restituant.* Dan. Mollerus *semestr. lib.* 4. *cap.* 18. Henr. Kinschot *respons.* 108. *n.* 8. 9. (*in editione ann.* 1653. Francisc. Kinschot *respons.* 37. *n.* 8. 9.) Carpzovius *defin. forens. part.* 4. *constit.* 43. *defin.* 7. Andr. Gayl. *tract. de pignoration. observ.* 5. *n.* 4. 5. Paulus Voet ad *§.* 6. *Instit. h. t. n.* 3. *in fine.* Adde *tit. nautæ caup. stabul. ut recepta restit.* at extra id, cui a dominis aut parentibus fuerunt præpositi, si deliquerint, domini ignorantibus, aut scientibus, sed prohibere non valentibus, dominis ultra mercedem adhuc debitam, uti & parentes, obligati non sunt; sed ipsi famuli ac liberi ex delictis suis conveniendi, ac, si ex suo non solvant impositas sibi pœnas pecuniarias, arbitrariis ob inopiam pœnis coercendi: arg. *§. ult. Instit. de noxal. act. tit. C. ne filius pro patre:* eo quod suos delicta auctores teneant, nec quisquam alieni criminis successor constituitur: *l. crimen* 26. *ff. de pœnis:* adeo ut ne quidem usque ad legitimam filio cessuram pater executionem pati debeat, quippe quæ non vivo, sed mortuo demum parente, debita est. Carpzovius *defin. for. part.* 4. *constit.* 43. *defin.* 6. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 48. 49. & *cap.* 38. *n.* 9. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 12. *n.* 3. 4. 5. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 9. *def.* 2. Jul. Clarus *recept. sentent. §. fin. quæst.* 86. *n.* 3. Tuldenus ad *tit. C. ne fil. pro patre n.* 6. nisi propter utilitatem publicam, aliamve justam causam, aliud municipali vel provinciali lege cautum inveniatur. Quo modo insolatores (*Bleeckers*) ex facto liberorum, famulorum, aut ancillarum, adversus leges insolationis delinquentium, pati debere pœnæ pecuniariæ executionem, sancitum ab Hollandiæ Ordinibus 5. *Martii* 1610. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 1220. Idemque in collium cuniculosorum per Hollandiam conductoribus (*Duynmajers*) sancitum, quoties famuli ipsorum aliique domestici occidunt canes eorum, quibus venandi jus est, aut venenata per colles spargunt: 1. *Junii* 1650. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 1396. *& seqq.* Adde placitum de venatione 12. *Martii* 1674. *art.* 62. *vol.* 3. *pag.* 622. Similiter, si filius, puella vitiata, prolem progenuerit, patrem hactenus obligatum efficit, ut is nomine filii sui, nullum licet patrimonium possidentis, alimenta partui teneatur subministrare, cum & liberos naturales a parentibus alendos esse, ratio naturalis dictet: arg. *l. si quis a liberis* 5. *§. utrum* 2. 3. 4. *ff. de agnosc. & alendis liberis:* junct. *l. pen. ff. eod. tit.* Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 9. *defin.* 5. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 10. *defin.* 20. Tuldenus ad *tit. C. ne fil. pro patre n.* 5. Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 8. Plane puellam ipsam vitiatam dotare, si filius tantum in ære non habeat, pater cogi nequit: cum enim nec propriam suam filiam naturalem dotare quisquam teneatur, etsi in culpa sit, quod eam genuerit; ut *tit. de jure dotium* dicetur; absurdum foret, eum ad dotem peregrinæ puellæ dandam adigi, ex qua soboles illegitima filio nata est. Christinæus *vol.* 3. *decis.* 17. *n. ult.* Tuldenus *d. loco.* Groenewegen ad *l.* 1. *C. ne fil. pro patre.* Leeuwen *d. loco.* Nec aliud sentit Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 9. *defin.* 4. etsi aliter a Sabaudiæ senatu commemoret judicatum esse.

LIBER DECIMUS

TITULUS PRIMUS

FINIUM REGUNDORUM.

SUMMARIA.

1 *Quid sit actio finium regundorum? qui olim judices fuerint in finium quæstionibus?*
2 *Cur hæc actio magis stricti juris, quam bonæ fidei aut arbitraria sit?*
3 *Cur hæc & familiæ erciscundæ ac communi dividundo actiones* duplices *dicantur?*
4 *Quo sensu dicantur mixtæ, & an dentur actiones mixtæ partim in rem & partim in personam?*
5 *Non habet locum hæc actio, si via publica aut publicum flumen sit intermedium inter duos agros, nec in ædibus; an in hortis?*
6 *Datur hæc actio dominis, & aliis, qui habent jus in re; non tamen malæ fidei possessoribus; an socio contra socium, si communis & proprii prædii fines turbati sint?*
7 *Tendit ad id, ut fines quomodocunque turbati restituantur, remotis vel repositis iis, ex quibus positis, aut amotis confusio nata erat. Si fines pristini restitui commode nequeant, per adjudicationes novi fines constituuntur: & singulare, quod hoc judicio adjudicatio pluribus pro indiviso fieri possit; cujus ratio redditur.*
8 *Petuntur etiam præstationes personales. In quibus illæ consistant?*
9 *Quibus modis fines probentur; & de oculari inspectione, quo modo ea facienda sit? deque præsumptionibus circa fines.*
10 *Quales fines considerandi sint in restitutione? & quid juris, si pendente hac lite alteruter voluerit quid ex finibus usurpare?*
11 *Quamdiu duret actio finium regundorum? An & quanto tempore olim & jure novo finium præscriptio fieri potuerit?*
12 *De spatio intermedio inter confinia, & alterius fossam, puteum, implantata, inædificata, &c. item inter duas ædes privatorum, vel ædes privatorum & horrea publica &c.*

1 Quoties agrorum ad dominos diversos pertinentium fines confusi sunt, sive casu, sive confinium aut tertii facto, comparata est finium regundorum actio, quæ est stricti juris, duplex, mixta, qua primario contenditur inter confines de spatio quinque pedum, seu finibus agrorum regundis & discernendis. Quale judicii genus ex lege quidem duodecim tabularum coram tribus arbitris, at ex lege Manilia coram uno, ventilandum fuit. Cicero *lib.* 1. *de legibus*. Nec improbabilis est Cujacii opinio, fratres seu sodales arvales, qui Deorum Terminorum sacerdotes erant, olim finalibus in quæstionibus judices fuisse. Cujacius *lib.* 11. *observ. cap.* 5. Confer Rosinum *antiquit. lib.* 2. *cap.* 20. *de Deo Termino: ibique Demsterum in notis:* & *lib.* 3. *cap.* 6.

2 Stricti juris hæc actio creditur, eo quod nuspiam bonæ fidei aut arbitrariis invenitur adnumerata; & fructus in ea demum veniunt ex judicis officio post litem contestatam, sic ut ante percepti nominatim condicendi sint: *l. sed & loci* 4. *§. post litem* 2. *ff. h. t.* quod actionum stricti juris indicium est: arg. *l. videamus* 38. *§. si actionem* 7. junct. *l. usuræ vicem* 34. *ff. de usuris:* non, quod in actionibus stricti juris fructus ante litem contestatam percepti nunquam veniant: etenim & in condictione indebiti, & in condictione causa data, causa non secuta, & in aliis variis stricti juris judiciis, quibus repetimus id, quod nostrum aliquando fuit, fructus ante litem contestatam perceptos adjudicari, patet ex *d. l.* 38. *pr.* & *§.* 1. & *seqq. ff. de usuris:* sed potius, quod illa actio bonæ fidei dici nequeat, in qua fructuum (usurarum præstationem in bonæ fidei judiciis imitantium) ratio ante litem contestatam habenda non est: arg. *l. usuræ vicem* 34. *ff. de usuris*. Dissent. Bachovius *tract. de action. disput.* 6. *thes.* 4. & *ad Treutlerum vol.* 1. *disp.* 19. *thes.* 2. *litt. C.* Nec est quod objiciatur, fructuum intuitu idem in finium regundorum judicio, quod in familiæ erciscundæ obtinet actione, receptum esse; dum Paulus, *non solum in finium regundorum, sed & familiæ erciscundæ judicio præteriti quoque temporis fructus venire*, monet *l. non solum* 56. *ff. famil. ercisc.* Etenim fructuum respectu comparatio inter hæc duo judicia in eo est, quod utrobique præteriti quoque temporis fructus veniant; sed, an id ex officio judicis fiat, an vero, quia & quando nominatim petiti sunt, non illic declaratur; nec dubium est, quin in stricti quoque juris judiciis actor fructus ante litem contestatam perceptos consequi possit, si specialiter pro iis etiam e-

egerit, non consecuturus, si nominatim non petiisset: arg. *l. partum* 10. *ff. de usuris*. Neque satis apte a familiæ erciscundæ & communi dividundo judiciis (quæ bonæ fidei esse constat ex §. *actionum autem* 28. *Inst. de action.*) ad hoc nostrum finium regundorum, argumentum produxeris; cum superiora duo judicia ideo bonæ fidei sint, quia in iis quædam societatis imago apparet, imo & gestionis alienorum negotiorum, dum is, qui communia tractat, partim sua partim aliena gerit, idque ex certa scientia, ac sæpe etiam cum conjuncta gerendi voluntate; unde & cum judicio communi dividundo ac familiæ erciscundæ concurrere posse negotiorum gestorum actionem, *sequenti titulo* demonstratur. Nulla vero talis societatis aut negotiorum gestionis similitudo in finium regundorum actione deprehendi potest; quippe in qua suam quisque partem agri sui finiumque vindicat, quam nunquam habuit cum confine communem, quamque confinis alter vel ut suam bona fide possedit, vel ut prædo mala fide, atque ita neutro in casu tanquam communem. Vinnius ad §. 28. *Inst. de action. n.* 6. Bachovius *de action. d. disp.* 6. *thes.* 4. Beukelman *ad Pand. h. t. n.* 5. Frustra vero sunt, qui arbitrariam hanc putant actionem esse, quia & rei vindicatio talis est, pro qua rei vindicatione hanc esse actionem, Paulus scripsit *l.* 1. *ff. h. t.*. Quam enim non procedat hujusmodi conclusio, vel inde manifestum est, quod & familiæ erciscundæ & communi dividundo actiones, atque ipsa etiam hæreditatis petitio, pro rei vindicatione sunt: *l. item Labeo* 22. §. *pen. ff. famil. erciscund. l. hæreditatis* 7. *C. de petit. hæred.* quas tamen ideo non arbitrarias, sed bonæ fidei esse, extra dubium est: §. *actionum autem* 28. *Inst. de action.* Sed nec movere debet, quod in *l. sed & loci* 4. §. *sed & si* 3. *ff. h. t.* scriptum sit, *si quis judici non pareat in succidenda arbore, vel ædificio in fine posito deponendo, parteve ejus, condemnabitur*, & hæc ipsa sit actionum arbitrariarum natura atque descriptio, dum arbitrariæ appellantur, *in quibus, nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, condemnari debeat:* §. *præterea* 31. *Instit. de action.* Non enim in d. l. 4. §. 3. judex per modum arbitrii, sed per modum definitivæ sententiæ, jusserat, succidi arborem, aut ædificium partemve ejus deponi, cum nihil aliud esset, per quod fines agrorum confusi erant, quam vel arboris plantatio vel domus ædificatio, secundum *l. hæc actio* 2. *ff. h. t.* ac proinde cessatura esset confusio hoc ipso, quo arbor aut domus amota fuisset. Quod si confinis judicato parere nollet, & adimplere factum excisionis arboris, aut depositionis ædificatorum, *condemnari debebat*, non ad illam depositionem, aut excisionem, sed ad id quod interest, factum illud, ad quod condemnatus fuerat confinis, impletum haud fuisse, sicut id evenit in omnibus faciendi obligationibus: arg. *l. si quis ab alio* 15. §. *si quis* 1. *ff. de re judicata*.

3 Duplex autem hæc actio dicitur, æque ac sequentes duæ familiæ erciscundæ & communi dividundo, eo quod in ea singulæ personæ duplex jus habeant, puta, agentis, & ejus cum quo agitur: *l. judicium communi* 10. *ff. h. t.* & par causa omnium videtur: *l. in tribus* 13. *ff. de judiciis:* sic ut & singuli, tanquam actoris simul ac rei partem obtinentes, duplex calumniæ jusjurandum præstare compellantur, se scilicet non calumniæ causa litem intendere, nec calumniæ causa ad inficias ire: *l. inter cohæredes* 44. §. *qui familiæ* 4. *ff. famil. ercisc.* & procurator in his judiciis ad agendum datus, ad defendendum quoque datus videatur, duplici cautela interponenda: *l. si defunctus* 15. §. 1. *ff. de procurator.* etsi, quantum ad judiciorum ordinem attinet, placuerit, eum, qui prius ad judicium provocasset, actorem videri: *d. l.* 13. *ff. de judiciis:* unde & ei probandi onus videtur debere imponi, tanquam actori: arg. *l.* 1. §. 1. *ff. famil. ercisc.*

4 Mixtam hanc, & duas duobus titulis sequentibus propositas, Imperator ait, §. *quædam* 20. *Instit. de action.* nec immerito; cum in rem simul & in personam sint. In rem quidem, quatenus unusquisque sociorum, cohæredum, confiniumque rem suam, seu partem suam jure dominii ad se pertinentem persequitur, ac vindicat; confinis nempe partem agri sui, terminorum confusione per confinem alterum nullo jure possessam; socius aut cohæres rei communis portionem tantam, quanta ei jure dominii per aditionem hæreditatis, legati titulum, aut alium modum similem rerum communiones introducentem, quæsita fuit. Unde & finium regundorum actio *pro rei vindicatione esse dicitur: l.* 1. *ff. h. t.* & *cohærere controversiæ proprietatis: l. si quis* 3. *C. h. t.* & vindicatio ea fieri: *l.* 1. *C. h. t.* familiæ quoque erciscundæ judicium *ex rebus constare*, ad oppositionem personalium præstationum actione personali petendarum: *l. item Labeo* 22. §. *pen. ff. famil. ercisc.* In personam vero, quatenus præstationes personales simul his persequi licet divisoriis judiciis ac obtinere: sic ut actor intendere possit, adversarium sibi ex obligatione præstare quid debere: quarum etiam præstationum intuitu tantum est, quod creditum fuit, ex quasi contractu actiones familiæ erciscundæ ac communi dividundo nasci; hanc forte etiam ex quodam delicto, si terminos confinis ipse movisse doceatur. Ipsam namque rerum communionem quasi contractum esse, erroneum est; cum id nec ratio juris nec leges dictent; & aperte satis Imperator declaret, tum demum & eatenus tantum, ex quasi contractu has proficisci actiones, cum, & in quantum, ideo communi dividundo judicio alter alteri tenetur, quod unus solus fructus ex re communi percepit, aut necessarias in eam impensas fecit, aliisve factis similibus sese socio aut socium sibi effecit devinctum: §. *item si instit. de oblig. quæ quasi ex contractu nasc.* quibus adde ex eventu, si partis adjudicatio ad fines novos evidentiores constituendos facta sit, ac ejus adjudicationis intuitu condemnatio ad portionis adjudicatæ pretium sit subsecuta: *l. hæc actio* 2. §. 1. *l.* 3. *ff. h. t.* Confer Vinnium *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 34. *in pr.* Neque tamen propterea existimandum est, æque in rem & in personam has actiones vere comparatas esse, sed magis *videri*, ut loquitur Imp. in d.

§.

§. *quædam* 20. *Inst. de action.* Cum in personam ex quasi contractu non nisi per quandam consequentiam sint, principaliter vero in rem, seu pro rei vindicatione. Quod ut apertius sit, considerandum, fieri posse, ut tantum pro rei vindicatione, adeoque tantum in rem, nullo modo in personam sint, deficientibus forte præstationibus personalibus, ac sola facienda rerum divisione aut separatione, quæ pro rei vindicatione est; dum nullus confinium, sociorum, aut cohæredum impensas fecit, aut fructus percepit, aut damna dedit, aliudve factum simile interposuit, ex quo obligationes ex quasi contractu descendere dictum est. Contra vero fieri haud posse, ut tantum in personam essent, & præter personales præstationes nihil vindicaretur seu veniret dividendum. Quo pertinere puto, quod rescriptum est, *familiæ erciscundæ vel communi dividundo judicio ita demum, si corpora maneant* (seu manserint) *communia, agi posse: l. familiæ* 9. *C. commun. utriusque judicii:* & cessare communi dividundo judicium, *si res communis non sit: l.* 1. *ff. communi divid.* Unde &, si fundi, aut res aliæ, quarum nomine hæc divisoria competunt judicia, perierint aut alienatæ sint, in easque ante interitum aut alienationem impensæ quædam ab uno sint factæ, fructusve percepti, de præstationibus hujusmodi personalibus non directum, sed tantum utile, ex bono & æquo præter jus commune judicium dari placuit; quasi deficiente tunc eo, propter quod primario divisoriæ hæ actiones introductæ sunt; quod est, ut a communione vel confusione recedatur: *d. l.* 1. *l. si quis putans* 6. §. *quare* 1. *l. in summa* 11. *ff. communi dividundo.* Frustra quoque videntur esse, qui actiones has mixtas negant, quasi summa actionum divisio duabus constaret tantum speciebus, puta actionum in rem & in personam, nulla facta mixtarum commemoratione, §. 1. *Inst. de action.* Etenim, cum de natura simplicium participet quicquid mixtum est, novum in jure nostro non est, neque absurdum, ut in divisionibus proponendis speciei mixtæ, tanquam sub simplicibus comprehensæ, mentio prætermittatur; cujus tamen commemoratio aliis in locis est. Munerum civilium alia patrimonii esse, alia personarum, Hermogenianus scripsit *l.* 1. *pr. ff. de muner. & honor.* Charisius trimembrem munerum divisionem proposuit; puta personalium, patrimonialium & mixtorum: *l. ult. in pr. ff. eod. tit.* Actionum quasdam bonæ fidei, quasdam stricti juris esse, nos docet Imp. §. *actionum* 28. *Inst. de action.* neque tamen postea dubitavit arbitrarias proponere, revera mixtas, utpote partim bonæ fidei, partim stricti juris actionum naturam imitantes: §. *præterea* 31. *Inst. eod. tit.* Nec minus a vero recedunt, quibus placuit primario in personam, secundario in rem hæc divisoria judicia esse. Quod enim ajunt, annis triginta demum his præscribi actionibus, idque actionum personalium indicium esse: *l.* 1. §. 1. *C. de annali exceptione:* non aliud inde evinci potest, quam, actiones hasce personales quoque esse, (quod & ante adstructum fuit) in quantum scilicet ex quasi contractu descendunt, ac tanquam tales tricennii lapsu demum perire. At eas primario ob id in personam esse, nec illic assertum est, nec per legitimam collectionem inde deducitur: nam & petitionem hæreditatis totis durare triginta annis manifestum est; ex ratione, quod mixtæ personalis actionis natura hoc respondere compellat: *l. hæreditatis* 7. *C. de petit. hæred.* quam tamen primario in rem esse, vix ambigitur. Neque plus momenti in eo est, quod Paulus tradidit, *finium regundorum actionem in personam esse, licet pro rei vindicatione sit: l.* 1. *ff. h. t.* cum non alia verborum istorum sententia sit, quam, quod actio ista, licet pro rei vindicatione sit, seu potissimum in id comparata, ut confines singuli confusas suorum agrorum vindicent partes finesque, tamen etiam simul in personam sit, in quantum scilicet præstationes personales secundario in hanc quoque veniunt actionem. Firmatque hanc d. legis primæ interpretationem similis plane de petitione hæreditatis loquendi ratio ab Ulpiano adhibita in *l. sed & si* 25. §. *petitio* 18. *ff. de petit. hæredit.* dum ait, *petitionem hæreditatis, etsi in rem actio sit, habere tamen præstationes quasdam personales;* designans ita, eam, licet principaliter pro rei vindicatione sit, tamen etiam præstationum personalium intuitu personalem esse, tanquam quodam quasi ex contractu hactenus profluentem, ut alibi dictum *tit. de petit. hæred.* Non obstat denique, quod ajunt, actiones in rem contra possidentes dari §. 1. *Inst. de action.* has vero mixtas, ac præcipue familiæ erciscundæ vel communi dividundo judicia etiam contra non possidentes intentari: *l.* 1. §. 1. *l. hæredes* 25. §. *quantum* 2. *ff. familiæ ercisc. l. pen. ff. communi divid.* Respondeo enim, inficias quidem iri non posse, quod & rei vindicatio, & aliæ plures in rem actiones, adversus eos solos movendæ sint, qui vel vere possident, vel juris fictione pro possessoribus habentur, dum liti se obtulerunt, aut dolo malo possidere desierunt, idque quia in pluribus in rem actionibus de possessionis restitutione quæstio est, eaque per sententiam subsecutam reo injungitur: *l. qui restituere* 68. *ff. de rei vindicat.* Sed omnes omnino in rem actiones non nisi contra possidentes dari, verum non est. Nam & confessoriam ac negatoriam non modo contra possessores, sed & ipsis possidentibus indulgeri adversus non possidentes, dubio caret: *l. pen.* §. *ult. ff. si ususfructus pet.* Similique modo in his familiæ erciscundæ ac communi dividundo actionibus placuit, eas & inter non possidentes posse sibi locum vindicare: & merito. Cum enim in hisce non tam possessionis restitutio intendatur, quam potius divisio & adjudicatio partis rerum communium, ut eam deinceps hæres aut socius pro diviso solus habeat, quam hactenus junctim cum aliis habuerat pro indiviso; necesse non erat, ut conveniendus iisdem possessor esset; quippe valens abunde satisfacere desiderio actoris, & divisionem adjudicationemque rerum communium subire ac pati sine rerum ipsarum communium possessione.

5 Habet autem locum hæc finium regundorum actio in prædiis rusticis confinibus, aut solo rivo privato distinctis; non item, si via publica sit intermedia publicumve flumen; quippe quo casu finium confusio frustra metuitur, dum magis in confinio via pu-

publica vel flumen esse intelligitur, quam ager vicini: *l. sed & loci 4. §. pen. & ult. l. 5. l. 6. ff. h. t.* Uti nec in ædificiis; cum & his contingere nequeat terminorum turbatio, dum plerumque aut propriis aut communibus parietibus disterminantur: *d. l. 4. §. pen. ff. h. t.* Quo pertinet illud Ciceronis in topicis; *si in urbe de finibus controversia est, quia fines agrorum magis esse videntur, quam urbis, finibus regundis adigere arbitrum non possis.* In hortis plane, qui in continentibus sunt ædificiis, quosque urbanorum prædiorum appellatione contineri placuit: *l. urbana prædia 198. ff. de verbor. signif.* si confusa latitudo inveniatur, finium regundorum agi, nihil vetat: *d. l. 4. §. pen. ff. h. t.*

6 Datur confinibus adversus confines, sive domini sint, sive fructuarii, (quibus & clericos ratione agrorum ad præbendas pertinentium merito accensueris: arg. *cap. ult. extra, de peculio clericor.*) sive creditores pignus habentes, sive emphyteutæ, sive bonæ fidei possessores; cum hi omnes præditi sint jure in re, ac ex illo jure ipsorum intersit, terminorum non fieri confusionem, atque generaliter bonæ fidei possessori tantum præstet bona fides, quantum veritas, si lex impedimento non sit: *l. sed & loci 4. §. finium 9. ff. h. t. l. cædere 5. §. ult. ff. arborum furtim cæsarum:* arg. *l. bona fides 136. ff. de reg. juris.* Non tamen malæ fidei possessori; tum quia nulla ejus circa actionis hujus instituendæ licentiam mentio in legibus est; tum quia malæ fidei possessor ratione rerum, quas mala fide possidet, qua talis, nullam potest actionem movere: *l. si quid possessor 31. §. illud plane 4. ff. de petit. hæredit.* Uti nec socio adversus socium, confuseis proprii ac communis agri finibus; sed vel a communione prius recedendum, vel res propria aut communis alienanda, atque ita demum ad hoc de finibus judicium deveniendum; eo quod nemo contra semetipsum agere potest; quod tamen contingeret, si sociorum alter vel proprii vel communis prædii intuitu finium regundorum litem moveret: *d. l. sed & loci 4. §. si communem 7. ff. h. t.* Difficultas interim haud levis adversus hanc de socio definitionem in eo est; quod, si verbi gratia inter te & me communes sint Titianæ ædes, & ex his aliquid non jure in alias ædes meas proprias immissum sit, aut ex propriis tuis ædibus in communes meas & tuas ædes quid simile projectum fuerit; aut paries tibi mihique communis opere abs te facto in ædes meas sese inclinaverit, negatoriam mihi actionem contra te indulgendam esse Pomponius censuit *l. sed si inter 27. ff. de servitut. præd. urban. l. si, cum meus 14. §. 1. ff. si servit. vindic.* quodque secundum Paulum & Ulpianum aquæ pluviæ arcendæ actio inter socios admissa fuit, quoties aqua communis prædii proprio alterius prædio, aut vice versa, nocet: *l. si tertius 6. §. inde quæritur 2. & §. 3. l. supra iter 11. §. si ex privato 5. ff. de aqua & aquæ pluviæ arcendæ.* Quibus consequens videri posset, nec finium regundorum actionem socio contra socium oportere denegari, ubi proprii ac communis prædii fines inter se turbati sunt. Sed manifesta differentiæ ratio inter hanc finium regundorum reliquasque commemoratas in eo est, quod in actione negatoria, & ea, quæ est aquæ pluviæ arcendæ, unus ex sociis de jure suo proprio, tanquam a jure socii separato, contra socium experiri potest, & suam tantum causam suumque proprium commodum in judicium deducere, sic ut etiam non in solidum, sed in solam agentis partem, seu, pro sola agentis portione, condemnatio sequatur: *d. l. 6. §. 2. & 3. ff. de aqua & aquæ pluv. arcend.* cum ex adverso pluribus ex sociis unus finium regundorum actione nec agere nec conveniri possit pro sua tantum parte, adeo ut in partem fieret condemnatio; sed pro indiviso ac in solidum circa finium quæstionem & agendum sit, & sententia ferenda; dum prædiis magis quam personis per hoc de finibus judicium prospicitur, nec proinde personarum singularum portiones, sed prædii unius communis fines pro indiviso, in judicando spectantur: *d. l. sed & loci 4. §. si alter 5. ff. h. t.* Ant. Faber *Rational. ad d. l. 4. §. 7. ff. h. t.* Meyerus *in colleg. Argentor. ad tit. ff. si servit. vind. n. 21.* Cui & aliam alii addunt diversitatis rationem, ex veteri magis jure (quo finium præscriptio subinota erat, juxta *l. pen. C. h. t.*) quam novo petitam; quod nempe socius ob impeditam finium præscriptionem damnum non metuit aut juris amissionem, etsi hac finium regundorum actione destituatur; cum e contrario in immissis & protectis ex prædio communi in proprium, aut vice versa, admissa præscriptio tandem socio juris diminutionem, seu libertatis prædialis amissionem, allatura esset, nisi negatoria contra socium licuisset experiri: Cujacius *observat. libr. 22. cap. 38.*

7 Contenditur hoc judicio ad id, ut fines confusi regantur, & ager unusquisque finibus propriis terminetur. Quomodocunque confusio contigerit, sive inædificatione, sive implantatione, sive stipitum lapidumque terminalium exaratione, remotione, corruptione, vetustate, sive arborum finalium extirpatione, sive fossarum intermediarum repletione, dum vel alluvio & terræ proximæ subsidentia, vel inundatio & aquæ impetus omnia complanavit ac delevit vestigia terminorum; adeoque, ut in confinio ædificata vel plantata tollantur ea pro parte, quæ peperit turbationem, stipites lapidesque, finium indices, reponantur, fossæ latitudini pristinæ restituantur ac profunditati: *l. hæc actio 2. l. sed & loci 4. §. sed & si quis 3. l. si irruptione 8. ff. h. t. tot. tit. ff. de termino moto.* Quæ limitum antiquorum restitutio si commode fieri haud possit, novi a judice constituendi sunt; cui etiam licentia a jure data est, amovendæ veteris obscuritatis gratia, per aliam regionem fines dirigendi, & adjudicatione controversiam dirimendi; adeo ut ex alterius prædio alii adjudicetur, hicque invicem pro eo, quod ei adjudicatum est, certa pecunia vicino condemnetur. *l. hæc actio 2. §. 1. l. 3. ff. h. t. §. penult. Instit. de offic. judicis.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 5. cap. 28. n. 42. & seqq.* Estque illud hoc in judicio singulare, quod non singulis modo, sed & pluribus pro indiviso fines adjudicari possint, dum forte fundus alter duorum, alter trium est, quoniam non tam pluribus unius fundi dominis, quam potius ipsi fundo, nec tam personis, quam

rei,

rei, adjudicari fines intelliguntur: *l. sed & loci* 4. §. *si alter* 5. *ff. h. t.* Quamvis id in cæteris fieri nequeat divisoriis judiciis (excepto casu, quo pluribus cohæredibus ejusdem rei preceptio relicta est, idque ex necessitate: *l. item Labeo* 22. §. 1. *ff. famil. ercisc.*) in quibus res non rebus adjudicantur, sed personis, sic ut res singulæ singulis assignandæ sint: §. *si familiæ* 4. *Inst. de offic. judicis*, & merito: nam, cum familiæ erciscundæ & communi dividundo judicio principaliter id intendatur, ut recedatur a communione, discordiarum illa & negligentiæ matre, suum litigantes scopum haud essent assecuturi, si judex divisionis rem eandem pluribus adjudicando induceret magis quam tolleret communionem: dum ex adverso per intentatum finium regundorum judicium non aliud desideratur, quam ut cesset finium confusio, & ager unusquisque propriis finibus terminetur; quem litis motæ finem confines etiam tunc obtinent, cum agro ad plures pertinenti adjudicatio pro indiviso fit. Et quamvis unusquisque dominorum, quibus adjudicatio fit, eam in adjudicato portionem pro indiviso consequatur, quam & in fundo habet: *d. l.* 4. §. 5. *ff. h. t.* sicque communio per finium regundorum arbitrum introducatur; quia tamen ea non alia est, quam quæ condominis in fundo ipso seu re principali etiamnum placet, ac continuatur, apparet quoque, nihil in ea adjudicatione, fundo plurium pro indiviso facta, comprehendi, quod confinium hoc judicio contendentium refragaretur desiderio ac intentioni: Confer Cujacium *observat. libr.* 22. *cap.* 39.

8 Præter ipsam finium pristinorum restitutionem, secundario insuper hoc judicio petitur, ut id quod interest præstetur, damnum reparetur dolo lata vel levi culpa unius confinis datum, omnis utilitas restituatur, ac aliæ quæcunque solvantur præstationes personales: *d. l.* 4. §. 1. 2. 3. *ff. h. t.* §. *pen. Inst. de offic. judicis*.

9 Cæterum appellatione finium venit proprie spatium quinque pedum, quod inter agros confines relinqui debebat liberum ab aratione: *l. pen. C. h. t.* cujus probatio variis fit modis, puta per libros censuales & vetera monumenta: *l. in finalibus* 11. *ff. h. t.* per testes, non tantum, cum ipsi de certa sua scientia deponunt, sed &, cum de auditu visuque aliorum id referentium, in quantum in antiquis non oculatis tantum, sed & auritis testibus credendum est: etsi tales non primæ, sed secundæ notæ testes habeantur, qui de solo auditu deponunt: arg. *l. in summa* 2. §. *idem Labeo ait cum* 8. *ff. de aqua & aquæ pluv. arcend. l. si arbiter* 28. *ff. de probation.* Cujacius *lib.* 3. *observat. cap.* 26. Rævardus *varior. lib.* 1. *cap.* 14. Mynsingerus *cent.* 6. *observ.* 26. Brunnemannus *ad Pand. ad d. l.* 28. atque insuper in fide facienda libri censuales testibus in dubio potiores sint: *l. census* 10. *ff. de probation.* Ad hæc per demonstrationem finium ab eo factam, qui prædii utriusque dominus fuit, cum alterum eorum venderet: *l. eos terminos* 12. *ff. h. t.* Per ocularem quoque inspectionem, cognito situ fossarum, lapidum, stipitum, quibus soliti distingui fines, utraque parte citata ac præsente, vel per contumaciam absente: quo tamen casu consultius fuerit peritos mitti agrorum mensores, per quos patefacta rei veritate, etiam per confectam ac exhibitam, si opus, mappæ geographicæ descriptionem, a judice deinceps litigium de finibus ex ipsorum suggestione terminetur, dum artifici in arte credendum est: *l. si quis* 3. *C. h. t. l. si irruptione* 8. §. 1. *ff. h. t.* Instructio supremæ Curiæ *art.* 241. 242. Cassiodorus *varior. lib.* 3. *epist.* 52. Christinæus *vol.* 2. *decis.* 185. *n.* 3. 4. Leeuwen *censura forensi part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 28. *n.* 2. & *part.* 2. *libr.* 1. *cap.* 29. *n.* 27. Wassenaar *pract. judic. cap.* 4. *n.* 51. Appendix decision. Holl. *post responsa Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 17. *in princ.* Neque dubium, quin in finalium quæstionum decisionibus etiam præsumptiones locum inveniant: qua ratione agri cujusque fines ad fossæ intermediæ medietatem creduntur extensæ, si non aliud evidenter probatum sit. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 28. *n. ult.* Plura de finium probationibus vide apud Mascardum *de probationib. conclus.* 393. 394. & *seqq. usque ad conclus.* 404. Hieronymum de Monte *tractat. de finibus cap.* 50. & *multis seqq.*

10 Restituendi vero plerumque termini, qui in postrema fuerunt venditione designati; quippe qui præsumuntur etiamnum servati; nisi eos confinium consensu postea rursus mutatos fuisse, doceri possit: *l.* 1. 2. *C. h. t. l. in finalibus* 11. & 12. *ff. h. t.* Et pendente hoc judicio neutri licitum ex finibus alterius quid usurpare: adeo ut, qui contra fecerit, superatus tantum agri modum amittat, quantum alteri adimere tentavit: *l. si constiterit* 4. *C. h. t.*

11 Cessat hæc actio post annorum triginta lapsum, ex quo primum contigit confusio finium: *l. ult. C. h. t. l.* 1. §. 1. *C. de annali except.* in quo similem esse hanc cæteris actionibus mere personalibus, supra dictum est. Nec refert quales fundi fuerint: nam etsi olim in agris limitaneis quieverit temporis cujuscunque præscriptio secundum Theodosii Junioris & Valentiniani constitutionem: *l. ult. C. de fundis limitrophis*, adeoque nec finibus ad fundos illos pertinentibus præscribi potuerit; tamen ex quo per recentius Anastasii edictum indictum fuit, ut nullum jus sive publicum sive privatum in quacunque causa vel quacunque persona moveatur, quod jugi annorum quadraginta silentio sopitum atque extinctum est: *l. omnes* 4. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* vix est, ut non finium quoque & quæstionum finalium præscriptioni locus sit. Nec adversatur rescriptum Impp. in *l. pen. C. h. t.* quo jusserunt, quinque finium præscriptione submota, finalis jurgii liberam debere peragi intentionem. Considerandum enim, constitutione illa & confirmari & contineri jus vetus legis duodecim tabularum, legisque Maniliæ, qua utraque præscriptio vel usucapio spatii quinque pedum impedita fuit, teste Cicerone, *lib.* 1. *de legibus*: sed cum ex illa vetusti juris comprobatione, aut saltem occasione ejus, difficultates plures in dies exsurgerent, eodem adhuc anno a Theodosio, Arcadio & Honorio, nova constitutione decretum fuit, ut *cunctis molitionibus & machinationibus amputatis, in finali quæstione non longi quidem temporis, sed triginta tantummodo annorum præscriptio* admittatur, *d. l. ult. C. h. t.*

Fa-

Fachineus *controv. lib.* 8. *cap.* 35. *in fine*. Wisenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disput.* 22. *n.* 2. Quamvis autem finium ipsorum præscriptio olim nullo modo fieri potuerit, ac jure novo demum annorum triginta lapsu; tamen hæç impedimento non fuerunt, quominus etiam ex jure veteri cum alieni agri parte seu loco, (ut loquitur *l. locus* 60. *ff. de verbor. signif.*) simul quoque finium, velut accessoriorum, usucapio longi temporis possessione impleretur; veluti, si confinium unus una cum finibus seu quinque pedum spatio possedisset agri confinis partem ad spatium decem pluriumve pedum, dum ei fundum ementi fines tam ampli erant a venditore monstrati, ac in possessionem partis ad confinem pertinentis inductio facta; quasi & hæc venditoris fuisset. Quo de casu agit *l.* 2. *§. cum Stichum* 6. *l. qui fundum* 7. *§. si fundum* 1. *ff. pro emptore*. Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 34. *fere in fine*; Interim de interpolatione ac mutilatione legis *pen. & ult. C. h. t.* ac quó modo utraque a suis fuerit concepta conditoribus, videri potest *Cod. Theodos. lib.* 2. *tit.* 26. *l.* 4. & 5. ubi Jacobus Gothofredus *in notis* ea de re prolixe.

12 Præter hanc actionem quandoque criminale de termino moto judicium datur, de quo latius *tit. ff. de termino moto*. De cætero, quanto spatio fossæ, putei, inædificata, sepes, implantata, a confinio remota esse oporteat, lege Solonis Atheniensibus scripta, sed Romanis quoque probata, definitum fuit, cujus verba ex *l. ult. ff. h. t.* lubet apponere: *si quis*, inquit lex, *sepem ad alienum prædium fecerit, infoderitque, terminum ne excedito: si maceriam, pedem relinquito: si vero domum, pedes duos: si sepulchrum aut scrobem foderit, quantum profunditatis habuerit, tantum spatii relinquito: si puteum, passus latitudinem: at vero oleam, aut ficum, ab alieno ad novem pedes plantato: cæteras arbores ad pedes quinque*. Quo modo etiam lege duodecim tabularum cautum fuit, sestertii pedis, seu duorum pedum ac dimidiati spatium inter ædes intercedere oportere ad ambitum seu circumeundi facultatem; ut pluribus docet Brissonius *select. antiquit. lib.* 1. *cap.* 2. Quemadmodum postea ex constitutionibus Arcadii, Honorii ac Theodosii necesse fuit, sub pœna destructionis, ut inter ædificia ac horrea publica & ædes privatorum quindecim pedum intervalla servarentur; & Meniana privatorum pedibus decem inter se distarent: *l. si cui* 9. *l. meniana* 11. *C. de ædificiis privatis*: cum antea ex lege Constantini privatorum ædes publicis ab horreis centum pedum spatio debuissent remotæ esse: *l.* 4. *Cod. Theodosiani de operibus publicis*. Quid vero circa interstitia inter ædes sibi contiguas hodie servetur, vix definiri potest, cum id in singulis fere regionibus, imo oppidis singulis, varie legibus municipalibus definitum inveniatur, teste Groenewegio ad *d. l.* 9. & 11. *C. de ædificiis privatis*. Confer Cæpollam *de servit. præd. urban. cap.* 40. Ant. Thessaurum *decis. Pedemont.* 115.

TITULUS II.

Familiæ erciscundæ.

SUMMARIA.

1 *De divisione hæreditatis, quæ per ipsum testatorem fit. An tunc cohæredes sibi invicem præstent evictionem divisorum, si forte res aliena uni per testatorem assignata sit? Post divisionem a testatore factam, si quæ supersint indivisa, qua proportione dividenda sint? Alia de hac divisione ubi tractentur?*

2 *De divisione, quæ mutuo consensu inter cohæredes fit, quo modo ea fieri possit?*

3 *An repertorii confectio sit necessaria ad id, ut inter cohæredes communi consensu divisio fiat, si cohæredes omnes majorennes sint? quid si quidam sint minorennes? & de assignatione bonorum paternorum aut maternorum per parentem superstitem facta liberis sine inventario.*

4 *An, & quando unus hæredum a reliquis cogi possit ad inventarii confectionem? & an in illud tunc referre debeat etiam ea, quæ sibi a defuncto donata sit?*

5 *An & viventis hæreditas ex consensu ipsius inter futuros hæredes dividi possit? an tunc nova peti possit divisio, si defunctus priorem non reprobaverit? An etiam testator testamento suo divisionem suæ hæreditatis possit extraneo mandare qui hæres non est, & quando hæredes tali divisioni debeant acquiescere?*

6 *Ante divisionem deducenda prius omnia, quæ hæreditaria non sunt; quorum species variæ enumerantur.*

7 *Non dividendum inter cohæredes, quod pro cæde defuncti quidam ex his, tanquam sanguine vel affinitate juncti, ab homicida consecuti sunt; qua occasione explicatur* l. 18. §. 1. ff. h. t.

8 *Non etiam dividenda, quæ uni ex jure primogenituræ vel aliter cedere debent jure præcipui: nec uni hæredum prælegata, &, si hæc per errorem divisa sint, restitutio datur, manente in cæteris divisione.*

9 *Inter nullos alios, quam cohæredes, quive eorum loco habentur, hoc judicium locum habet: Quid agendum, si reus actorem neget cohæredem esse?*

10 *An actor provocans hoc judicio, fateri censeatur reum cohæredem esse?*

11 *Datur etiam inter fiduciarium & fideicommissarium, vel filium impuberem adrogatum respectu quartæ & cæteros hæredes, ut & inter emptorem partis hæreditariæ & hæredes.*

12 *Nihil refert quantum ad hoc judicium, utrum cohæredes possideant, nec ne. Datur etiam inter pauciores ex pluribus; qui tamen cæteris non præjudicant. Quo modo consultum sit hæredibus dividere volentibus, si quidam diutius absentes nullum suo loco substituant ad divisionem peragendam?*

13 *Si plures sint hæredes unius cohæredis, omnes simul ad divisionem provocare debent, aut unum simul procuratorem constituere, non quidam ex his.*

14 *Ad divisionem provocare vel provocari nequit hæres conditionalis, pendente conditione. Quid agendum ea pendente, si quidam pure, alii sub conditione instituti sint?*

15 *Provocare nequeunt pupilli, furiosi, &c. nec eorum tutores aut curatores; provocari tamen possunt, & tunc tutores etiam immobilia dividunt sine decreto. Quandoque & provocant, decreto impetrato, si non expediat pupillis communio, vel inter pupillos plures dividunt. Quid juris, si diviserint sine decreto?*

16 *Si maritus statuto prohibeatur alienare immobilia uxoris sine consensu ejus, etiam divisio prohibita videtur.*

17 *Divisio hæreditatis, si quas impensas requirat, illæ communiter de hæreditate faciendæ; nisi fiant ob singularem qualitatem unius hæredis, veluti ob decretum, si unus minor sit.*

18 *Dividi potest hæreditas ejus, qui diu abfuit, & ignoratur an vivat, nec ne; modo caveant qui dividunt; licet hoc ipso veri hæredes non fiant, sed tantum fiduciarii possessores.*

19 *Quid si post talem fiduciariam divisionem diutius supervixisse absentem constet, & interim quidam ex possessoribus fiduciariis mortui vel nova lege a successione depulsi sint?*

20 *Quanto tempore debeat esse continuata, incertitudo, an quis vivat, an mortuus sit, ut ad divisionem fiduciariam procedi possit?*

21 *Uno judicio de duabus hæreditatibus, veluti paterna & materna dividendis agi potest, licet non omnes, sed quidam tantum, ad utramque concurrant.*

22 *Res adjudicandæ singulis singulæ quantum fieri potest, si dividi commode nequeant; vel ei qui licitando vicerit, extraneo etiam ad licitandum admisso, maxime, si unus hæredum pauper aut pupillus sit; licet statuto cautum esset, socium socio posse offerre electionem, an rem pretio a se æstimatam, an pretium habere malit.*

23 *Judex non potest inter cohæredes dividere, sed uni hæredi adjudicare debet partem, quam vel defunctus vel cohæredes pro indiviso habent in re sibi cum alio communi: dum defunctus habuerat socium rei, vel fundi sui partem legaverat, vel unus hæredum ante hoc judicium partem suam rei hæreditariæ vendiderat.*

24 *An, & quo modo veniant in hoc judicium res ab hostibus captæ, commodatæ, depositæ, litigiosæ; thesaurus, res ex pecunia hæreditaria emptæ, lucra turpia, jura sepulchrorum, patronatus, servitutum? an conditionis implendæ causa uni hæredi data, prædia feudalia, emphyteuticaria, adscriptitiorum &c.? remissive.*

25 *Quales in hoc judicium veniant præstationes personales? remissive. An & unus hæredum, qui solus gessit res hæreditarias salarium petere possit? circa præstationes personales debent condemnationes & absolutiones fieri in omnium personis, alias non valent.*

26 *Nomina ipso jure divisa sunt: si unus hæredum non sit solvendo, id cæteros non gravat. Si judex singulis singula nomina adjudicaverit, non prodest nec nocet creditoribus: & si creditor unum hæredem vi adjudicationis in solidum convenerit, adhuc contra reliquos agere potest, si prior solvendo non sit.*

27 *Si testator voluerit, vel inter hæredes convenerit, ut singuli certa debita in solidum solverent, vel defunctus contractu suo unum ex pluribus futuris hæredibus in solidum obligaverit, an is invitus in solidum a creditore conveniri possit? & quid moribus? Quid agere possint cohæredes reliqui, si pro sua parte hæreditaria conveniantur a creditore, respectu debiti, cujus solutio uni erat imposita?*

28 *Pro qua parte quisque ferat onus æris alieni, si alter mobilium, alter immobilium hæres sit, paterna paternæ, materna maternæ lineæ cedant, vel pro statutorum diversitate unus in quædam tantum bona successerit? remissive.*

29 *Qualia pacta divisioni possint adjici? & in specie de pacto successionis in bona ex divisione cuique cedentia, quod in Hollandia probatum; non ita aliis in locis; & quæ sit hujus pacti utilitas ac ratio? quorum bonorum intuitu talia pacta adjecta operentur? An mutatio domicilii mutet vim pactorum talium circa mobilia?*

30 *Cessat hoc judicium, si semel eo actum sit, ideo agere possunt hæredes judicio communi dividundo, si tantum a quarundam rerum communione resilire velint.*

31 *Cessat, si unus ex re certa, alter simpliciter, unus in castrensibus, alter in paganicis, unus in mobilibus, alter in immobilibus institutus sit.*

32 *Potest testator ad tempus, non in perpetuum, prohibere divisionem. Possunt & creditores per judicem intercedere, ne divisio fiat, donec ipsis solutum aut satisdatum sit; & quæ sit utilitas hujus intercessionis?*

33 *An cesset hoc judicium, si cohæredes plures communiter & pro indiviso res hæreditarias possederint totis triginta annis? Quid juris, si tanto tempore pro diviso & suo nomine possederint?*

34 *An rescindi possit divisio, quæ inter verum & falsum hæredem per errorem facta est, sive privatim, sive per judicem? Qua occasione explicatur l. 36. ff. h. t. Et, quid si verus hæres diviserit cum falso hærede, cum non plane erraret, sed dubitaret, an is esset hæres, nec ne?*

35 *Si inter veros hæredes divisio facta sit, ob qualem læsionem rescindi tunc possit, etiam, cum judicis auctoritate facta est?*

36 *Variæ quæstiones circa rescissionem ob enormem*

mem læsionem ex divisione natam recensentur, remissive.

37 *Quamdiu duret licentia petendi rescissionem divisionis ob enormem læsionem?*

38 *Si fiduciarius hæres pendente fideicommissi conditione diviserit hæreditatem cum cæteris cohæredibus, an fideicommissarius isti divisioni stare debeat?*

39 *Communi consensu a divisione facta recedi potest. An tacite recessum videatur, si post solemnem divisionem hæredes perseveraverint in communi ac indivisa rerum possessione, per tempus ad præscriptionem requisitum?*

40 *An cum hac actione concurrere possit judicium expilatæ hæreditatis?*

41 *An cum hac actione concurrere possit actio negotiorum gestorum, ita, ut cohæres eligere possit, utra velit experiri?*

42 *Quo in loco judicium familiæ erciscundæ intentari debeat?*

43 *An, & quando quadragesima pars pretii, & alia laudemia præstanda sint moribus nostris propter alienationem, quæ per divisionem aut adjudicationem rerum hæreditariarum similesque modos fit?*

1 Erciscere familiam, est hæreditatem dividere, quam si testator non distribuerit, nec cohæredes inter se de ea conveniant erciscunda, judex dividit: etsi haud sit eundum inficias, quin omnium firmissima sit ea divisio, quæ per ipsum est testatorem instituta; cum ne ob enormem quidem læsionem rescindi queat, nisi læsam appareat quorumdam legitimam: *l. quotiens* 10. *C. h. t.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 116. *n.* 3. Christinæus *vol.* 4. *decis.* 7. *n.* 6. Adde libellum meum *de familia erciscunda cap.* 2. *n.* 13. 14. neque desint, quibus insuper placuit, ne hæredem quidem cohæredi ad evictionis præstationem obligatum esse, quoties res aliqua ex iis, quæ per testatorem inter hæredes divisæ & assignatæ erant, evicta est: Gomezius *tom.* 2. *variar. resolut. cap.* 2. *n.* 34. *in med.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 116. *n.* 2. Petrus Zans *de divis. bonor. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 13. Christinæus *vol.* 2. *decis.* 179. *n.* 14. *in fine: & ad Leg. Mechliniens. tit.* 16. *art.* 48. *n.* 5. Quorum tamen opinio semper suspecta mihi visa fuit, tanquam neque legibus neque ratione satis suffulta: magisque probandam credidi vulgatam in legatis simplicibus receptam distinctionem; utrum scilicet defunctus rem per divisionem personæ propinquæ sanguine junctæ vel uxori assignaverit, an prorsus extraneæ. Nam si propinquis uxorive, ratio nulla est, cur non æque omni casu salvum iis esse deberet, quod divisione per testatorem assignatum, atque ita (ut post dicetur) prælegatum fuit, quam simplex legatum, quod omni casu conjunctæ personæ vel uxori præstandum esse, si alienum apparuit, rescriptum est *l. cum alienam* 10. *C. de legatis*. Eoque facit, quod a Papiniano traditum, si inter filios pater divisionem fecerit, & uni rem tribuerit, cujus se dominum per errorem putabat, arbitrum conjectura voluntatis non passurum, *ut is partes cohæredibus prælegatas restituat, nisi parati fuerint & ipsi, patris judicium fratri conservari: l. cum pater* 77. §. *evictis* 8. *ff. de legatis* 2. Si vero hæredi prorsus extraneo res aliena obvenerit ex testatoris distributione, rursus exemplo simplicium legatorum dispiciendum foret, utrum defunctus scivisset, an ignorasset, rem uni assignatam non propriam sed alienam esse: &, si quidem probari posset, eum rei alienæ habuisse scientiam, magis fuerit, ut cohæredes cæteri pro rata de evictione teneantur, hactenus saltem, ut vel rem illam evictam justo pretio redemptam præstent, vel in subsidium æstimationem ejus: arg. *d. l.* 10. *C. de legatis:* §. *non solum* 4. *Instit. de legatis*. Et de eo casu, quo testator scivit, accipiendus Papinianus in *l. si paterfamilias* 33. *ff. h. t.* Sin ignoraverit, non est quod cohæredes cæteri uni ob rei unius per testatorem assignatæ evictionem tenerentur; cum nec rem alienam legatam eo casu præstare obstricti sint: *d.* §. 4. *Inst. de legatis d. l.* 10. *C. de legatis*. Confer Menochium *de præsumpt. lib.* 5. *præsumpt.* 118. *n.* 9. Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *tit.* 11. *def.* 2. *in med.* Fachineum *controv. lib.* 6. *cap.* 68. *conclus.* 2. Bachovium *ad Treutler. vol.* 1. *disp.* 19. *th.* 12. *lit. D.* Struvium *ad Pand. h. t. n.* 12. libellum meum *de familia erciscunda cap.* 2. *n. ult.* Quod si nonnulla inter liberos a parente divisa sint inæqualiter, pro virilibus nihilominus portionibus (aut si ad portiones inæquales generali institutionis formula hæredes vocati sint, pro portionibus hæreditariis institutione assignatis) distribuenda per familiæ erciscundæ arbitrum omnia reliqua, quæ indivisa remanserant, nulla considerata jam divisorum proportione: *l. inter filios* 11. *l. si, cogitatione* 21. *C. h. t. l. quæ pater* 32. *ff. h. t.* eo quod testator officium arbitri hæreditatis dividendæ præveniendo, res quasdam singulis assignans, prælegasse censetur quæ cuique assignavit: *l. cum pater* 77. §. *evictis prædiis* 8. *ff. de legatis* 2. *l. ex facto* 35. §. *unde* 1. *ff. de hæred. instit.* quæ ipsa in extraneis quoque hæredibus institutis observanda sunt, ut scilicet non obstante inæquali in prælegatis portione, ad reliqua tamen bona defuncti non prælegata æqualiter admittantur, vel saltem ex quantitate prælegatorum non fiat mutatio datarum in institutione portionum: *l. quotiens volens* 9. §. *si duo* 13. *ff. de hæred. inst.* Plura circa hanc divisionem a testatore faciendam sive testamento, sive codicillis, sive actu inter vivos, variasque ea occasione controversias, vide libello meo *de familia erciscunda cap.* 2.

2 Quantum ad eam divisionem attinet, quæ mutuo cohæredum consensu, sine arbitri officio fit, nullis illa legibus certis adstricta est, sed eo modo eaque ratione instituitur, quæ utilior commodiorque dividentibus visa fuerit; sive placuerit, ut natu major res dividat, minor natu eligat; sive magis arriserit, distributione rerum præmissa, per sortem determinare, cui portio unaquæque obvenire debeat; sive per factam rerum hæreditariarum æstimationem mutuamque licitationem & adjectionem voluerint, rem unamquamque ei cedere, qui licitando vicisset; si-

sive id agatur, ut penes unum jus omne hæreditarium remaneat, & is cæteris certam pendat pecuniæ quantitatem. De quibus itidem plura scripsi *d. tract. de familia ercisc. cap.* 5. Quibus adde Vinnium *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 35.

5 Et quamvis in divisionibus, quæ mutuo cohæredum consensu, vel etiam judicis auctoritate fiunt, consultum omnino sit repertorium fieri, de quo plura scripsi *in libello de familia erciscunda cap.* 3. cujusque praxin habet Berlichius *decis.* 160. Wassenaar *pract. judic. cap.* 11. *n.* 7. *& multis seqq.* tamen, si inventarii confectio omissa sit, non ideo minus firma erit instituta divisio, etiam tunc, cum quidam cohæredum certa quantitate pecuniaria certarumve rerum præstatione sese dimitti patiuntur, vel parens superstes bona quædam nummosve liberis valut prædefuncti parentis patrimonium assignant; adeo ut illa sine inventario facta divisio, si quidem per modum transactionis (*by Vytkoop*) instituta ait, ne enormis quidem læsionis prætexto rescindi queat, ubi postea apparet longe majorem fuisse hæreditatem: arg. *l. Lucius* 78. *§. ult. ff. ad Senatusc. Trebell.* si modo liberi aut cohæredes majorennes sint, adeoque tales, quibus liberum est juri suo renunciare. Nam si quidam minorennes essent, inventario non confecto minus firma quoque forat vice paternæ materuæve hæreditatis facta rerum certarum aut nummorum assignatio; hactenus saltem, ut minores, de læsione notabiliore conquerentes, jure petant, inventario condito in melius reformari rerum assignationem, antea sine inventario inique aut captiose factam, etsi parenti superstiti, qui assignationam facit, id haud indulgendum sit, quia ipse majorennis est, & satis creditur perspectas habuisse patrimonii conjugalis vires. D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap.* 6. *sect.* 2. *n.* 6. Abr. a Wesel *de connubial. societate tract.* 2. *cap.* 4. *n.* 150. 151. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 72. & *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 178. Adde Argentræum *ad consuet. Brit. art.* 477. *gloss.* 4. *n.* 3. 4. Ut tamen hic propius regionum mores singulares indagandi sunt: Delphis enim in Hollandia tutores pupillorum cum parente superstite recte transigere de hæreditate parentis prædefuncti, non facto repertorio, si minus ampla sit substantia, vel potissimum in nominibus mercaturæ consistat; at ubi facultates ampliores sunt, repertorio opus esse, testis est Neostadius *Curiæ suprem. decis.* 91. *in pr.* quod idem Amstelodami quoque servari, impetrata tunc sine inventario transigendi venia a Cameræ pupillaris præfectis, responsum est *part.* 5. *vol.* 2. *Responsor. Holland. consil.* 26. *n.* 4. 5.

4 Quod si plures cohæredes simul sese delatæ immiscuerint hæreditati, alter ab altero non recta exigit inventarii confectionem; sed magis eo casu ad id contendendum, ut is, qui sorte moras nectit, simul cum reliquis cohæredibus, junctis operis, ad inventarii confectionem procedat. Berlichius *decis.* 160. *n.* 9. Aliter quam obtineret, si unus tantum ex pluribus hæredibus rerum hæreditariarum præcipuus possessor aut administrator fuerit, defuncto viventi ad mortem usque cohabitaverit, negotia defuncti tabernamve tractaverit, atque adeo meliorem ac pleniorem, quam reliqui, habuerit notitiam rerum defuncti; tunc enim vel ipse repertorium facere, vel saltem omnia, quæ ad hæreditatem pertinere novit, atque etiam ea ipsa, quæ forte sibi a testatore vivo donata prætendit, bona fide in inventarium referri curare debet, ad id, si refractarius sit, a cæteris cohæredibus auctoritate judiciali compellendus. Chassanæus *ad consuet. Burg. rubr.* 4. *§.* 7. in verbis, *proximorum parentum n.* 16. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 62. & *part.* 4. *consil.* 89.

5 Uti autem certum est, hæredes posse mutuo consensu dividere hæreditatem ejus, qui jam defunctus est; ita quoque vix dubitandum, quin id etiam, eodem adhuc vivente, jure faciant, si is, de cujus adhuc viventis hæreditate agitur, divisionem præceperit, ratamve habuerit, ac ad finem vitæ in ea perseveraverit, factæ divisionis comprobatione: arg. *l. ult. C. de pactis*: usque adeo, ut filii, ac eorum exemplo hæredes quoque extranei, frustra eandem convellere tentaturi essent, aut repetitam exigerent rerum jam vere hæreditariarum divisionam: *l.* 2. *Cod. Theodosiani de familia erciscunda*: junct. *d. l. fin.* Wamasius *consil. juris civilis cent.* 2. *consil.* 41. *n.* 2. 3. Jacobus Gothofredus *ad d. l.* 2. *C. Theodosiani h. t.* Quin imo, neque ratio neque jura refragantur, quo minus moriens testamento hæreditatis suæ inter cohæredes divisionem demandet extraneo, id est ei, qui hæres non est, hæredesque jubeat ea contentos esse, dummodo neque legitima cujusquam ab illo arbitro distribuente lædatur: arg. *d. l. quotiens* 10. *C. h. t.* neque manifesta seu enormis arbitri istius ex gratia vel odio profecta iniquitas in aperto sit: arg. *l. in proposita* 78. *l.* 79. *ff. pro socio.* Sic enim testatori liceat legatum arbitrio tertii ita tacite committere, ut tertius sua posset voluntate interposita efficere, ut, vel ne, legatum præstandum sit: *l. Senatus enim* 43. *§. legatum* 2. *ff. de legatis* 1. junct. *l. nonnunquam* 52. *ff. de condit. & demonstrat.* si insuper ei a legibus concessum sit, ita legatum optionis relinquere, ut Titio ex suis, verbi gratia, equis eum legat, quem Mævius optaverit, atque ita extraneo permittere, ut statuat, quæ res legatario cessura sit: *l. ult. §. sed & si* 1. *C. commun. de legatis l. pen. ff. de opt. vel elect. leg.* si denique ipsa hæredis institutio tacita in arbitrium tertii conferri queat; ita ut ab eo dependeat, quo minus, aut quo magis is, qui institutus est, hæres sit: *l. si quis Sempronium* 68. *ff. de hæred. instit.* ratio non est, cur non & divisionis arbitrium, si ita videatur, uxori forte, vel patri, aut alteri extraneo, ut viro bono, testator permittat. Responsa JCtor. Holl. *part.* 1. *consil.* 112.

6 Quoties autem ob non divisam a testatore hæreditatem ad hoc familiæ erciscundæ judicium, duplex, bonæ fidei, mixtum, pro hæreditate dividenda ac personalibus præstationibus tribuendis recurritur, deducendum ante omnia, quicquid hæreditarium non est; quo in numero potissimum sunt bona ad conjugem superstitem pertinentia. Confer libellum meum *de familia erciscunda cap.* 4. ut & ea, quæ a priore conjuge profecta, nec jure domi-

nii

nii acquisita ei, de cujus hæreditate dividenda quæstio est, rebus tamen ejus mixta inveniuntur, aut pro indiviso possessa; quæque defunctus aliena tenuit ususfructus ususve jure; vel jure quidem dominii velut propria, sed tamen cum onere restituendi ex causa fideicommissi.

7 Sed nec illud in familiæ erciscundæ judicium venire debet, aut inter cohæredes, qua tales dividendum, quod pro cæde defuncti ab homicida uxor liberique consecuti jam sunt, aut possunt exigere. Quod puto Ulpianum velle in *l. his consequenter* 18. §. *sed, an in* 1. *ff. h. t.* dum ait; *sed, an in familiæ erciscundæ judicium de morte testatoris, vel de morte uxoris liberorumque suorum habebunt quæstionem hæredes, quæritur? & rectissime Pomponius ait, hæc ad divisionem rerum hæreditariarum non pertinere.* Etsi enim Gothofredus *in notis*, & Ant. Faber in rational. *ad d. l.* 18. §. 1. existiment, in d. l. agi de vindicanda nece defuncti, quasi officium illud non posset uni cohæredum imponi per arbitrum familiæ erciscundæ, sed ad omnium onus communiter spectaret, sic ut hæredi non vindicanti, tanquam indigno, portio hæreditaria auferenda foret, ac fisco applicanda: *l.* 1. *C. de his quib. ut indignis:* tamen vix est ut id admittatur; cum non modo de morte testatoris, sed & uxoris liberorumque ejus ibidem agatur; & constet quidem, hæredes debere ulcisci necem defuncti, at, ut similiter vindicare cogerentur necem uxoris aut liberorum testatoris, nulla lege necessitas iis imposita inveniatur. Ut proinde rectius d. legis verba accipiamus de casu, quo testator, aut uxor, liberive testatoris, homines liberi, dejectione, vel effusione, vel ab animalibus ferocioribus illic, qua vulgo iter fit, habitis, vel alio simili modo occisi sunt, quo nomine comparata est ad aureorum quinquaginta pœnam actio de dejectis & effusis: *l.* 1. §. *sed cum* 5. *l. si vero:* 5. §. *hæc autem* 5. *ff. de his qui effud. vel dejec.* vel ad ducentos aureos in factum actio ex ædilitio edicto: *l. qua vulgo* 42. *ff. de ædilit. edict.* quam actionem in hoc judicium non venire, merito Pomponius responderat; eo quod populares actiones, qualis est de dejectis & effusis ob hominem liberum occisum, hæredibus, qua talibus, non dantur, ideoque nec ad rerum hæreditariarum divisionem pertinent: *d. l.* 5. §. 5. &, si uxorem liberosve occisi una cum extraneis hæredibus institutos proponas, uxor plane liberique hæredibus cæteris in tali actione intentanda deberent præferri, dum præferendi dicuntur illi, quorum interest, vel qui affinitate cognatione ve defunctum contingunt: *d. l.* 5. §. 5. eademque ratio est, si non testator, sed uxor ejus liberive occisi sint; cum & tunc popularis actio, in qua movenda testator ipse aliis anteponendus fuisset, hæredibus, qua talibus, competere non potuisset; nec illi, si extranei fuissent, ullam ex capite defuncti prælationem agendi ante alios sibi vindicare; sed magis hic quoque potiores censeri deberent, qui uxori occisæ liberisve testatoris interemptis sanguinis aut affinitatis vinculo conjuncti sunt: *d. l.* Quo & facit, quod alibi *tit. de acquir. hæreditate*, latius tradetur, eos, qui has similesque intentarunt actiones, pœnamque consecuti sunt, nec pro hærede se gessisse, nec hæreditariis effici obnoxios oneribus.

8 Sed & ante divisionem omnem deducenda, quæ jure præcipui ex lege municipali ad unum debebant pervenire, sive ex primogenituræ prærogativa, sive ex alia qua simili ratione: uti & quæ secundum DD. viri boni arbitratu præcipere debet ex paterna vel materna hæreditate filius, cujus industria singulari admodum auctum apparet defuncti patrimonium, de quo Groenewegen ad §. 2. *Inst. per quas pers. cuique acquir. n.* 4. Adhæc prælegata, quippe quæ iis solis adjudicanda, quibus a testatore data sunt: adeo ut, si forte pluribus cohæredibus simul res una prælegata sit, etiam universis simul pro indiviso adjudicari interim debeat, donec novo judicio communi dividundo visum fuerit, dirimere rei prælegatæ communionem: *l. item Labeo* 22. §. 1. *ff. h. t.* junct. §. *item si* 3. *Instit. de oblig. quæ quasi ex contractu nasc.* Neque dubium videtur, quin cohæres, qui per errorem passus est inter se reliquosque cohæredes dividi res sibi soli jure præcipui competentes, restitutionem in integrum impetrare possit adversus factam rerum talium divisionem, ad id, ut reddatur aut suppleatur, quod uni solummodo debitum, perperam inter omnes divisum est, rata in cæteris manente rerum hæreditariarum communium distributione. Wamesius *cent.* 2. *consil. juris civilis* 47. *n.* 19. Christinæus *vol.* 2. *decis.* 182. *n.* 3. Groenewegen *ad l. majoribus* 3. *Cod. communia utriusque judic.* n. 6. D. Joh. a Someren *de jure novercarum cap.* 6. *sect.* 2. *n.* 6. *in fine.* Wassenaar *pract. judic. cap.* 11. *n.* 123.

9 Datur hæc actio illis, qui probare possunt se cohæredes esse; cum inter solos cohæredes consistat, quippe nullis competens quam iis, qui desiderant a rerum hæreditariarum recedere communione, cujus generis communionem inter nullos alios, quam cohæredes, vel qui loco hæredum censentur, eosve repræsentant, inveniri, expeditum est: in quo a petitione hæreditatis, inter verum falsumque hæredem agitanda, differt. Quod si reus actorem cohæredem neget, videndum, utrum actor possideat hæreditatem, de cujus divisione litem movet, nec ne. Nam si in possessione sit, inficiatio rei de qualitate actoris, ac jure hæreditario ei competente, impedimento non est, quo minus familiæ erciscundæ judex tunc cognoscat dijudicetque, num hæres sit, quem adversarius negat talem esse: sic ut eo casu actor per præjudicium ad movendam primitus hæreditatis petitionem remittendus haud sit. Sin possessione careat, magis est, ut ab hoc familiæ erciscundæ judicio interim exceptione præjudiciali depulsus, jubeatur suum prius asserere jus hæreditarium per intentatam hæreditatis petitionem: *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.*

10 Actor sane eo ipso, quo alium hac ad divisionem actione interpellat, non potest non videri eundem agnoscere & fateri sibi cohæredem: arg. *l.* 1. *pr. ff. h. t.* etsi enim Anton. Faber ad *l. qui familiæ* 37. *ff. h. t. in rationalibus*, inter *fateri* & *supponere* distinctionem adhibeat, ajens, eum, *qui familiæ erciscundæ agit, non tam fateri, quam supponere, adversarium esse sibi cohæredem*; quia non fatetur qui errat, nisi jus ignoraverit: *l. non*

fa-

fatetur 2. *ff. de confessis*, tamen, cum inficias iri nequeat, quin erronea confessio judicialis interim pro veritate, ac judicato habenda sit, donec detectus error judicique probatus, ac adversus eum ex capite justi erroris restitutio in integrum impetrata fuerit: arg. *l.* 2. *ff. de in integr. restitution. l. certum* 6. §. *pen. ff. de confessis:* junct. *l. inde Neratius* 23. §. *ult. l.* 24. *l.* 25. *ff. ad legem Aquil.* vix est, ut non etiam actor durante hac familiæ erciscundæ actione dici debeat confessus, reum, quem vocavit, sibi cohæredem esse: licet adversus erroneam confessionem ei postea subveniendum sit. Neque repugnat *d. l. qui familiæ* 37. *ff. h. t.* cum vel delenda ibi sit particula *non*, ac legendum, eum, *qui familiæ erciscundæ judicio agit*, *confiteri adversarium sibi esse cohæredem;* uti id suadent Græci, *in lib. Basilic.* 42. *tit.* 3. *l.* 37. vel intelligi lex possit de reo ad divisionem provocato, qui respondens actori, non videtur de ejus intentione confiteri: *l. non utique* 9. *ff. de exceptionibus:* neque est, quod quem offendat, in d. l. 37. de eo tractari, qui *agit*, cum in judiciis duplicibus, quale & hoc est, reus simul actor sit: *l. judicium communi* 10. *ff. finium regund. l.* 2. §. *in familiæ* 3. *l. inter cohæredes* 44. §. *qui familiæ* 4. *ff. h. t.*

11 Nihil autem refert, ex testamento, an ab intestato; jure civili, an prætorio; directi, an fideicommissarii hæredes sint: *l.* 2. *l. sed & ejus* 24. §. 1. *ff. h. t.* Usque adeo, ut & utile judicium inter fiduciarium ac fideicommissarium exerceri possit, quatenus vel fiduciario quarta Trebellianica salva esse debet, vel is non totam hæreditatem, sed solam partem restituere rogatus est; sic ut prius quidem actione ex testamento fideicommissarius ad restitutionem experiatur; hoc vero deinceps judicio ad divisionem: *l. si ex asse* 40. *ff. h. t.* quale judicium utile etiam inter hæredes cæteros & adrogatum datur respectu quartæ impuberibus ex D. Pii constitutione tributæ; licet quartæ istius intuitu adrogatus proprie nec hæres civilis sit, nec bonorum possessor seu hæres prætorius: *l. per familiæ* 2. §. 1. *ff. h. t.* Quid, quod nec dubitandum videtur, quin & inter emptorem hæreditatis, qui partem emit, cæterosque venditoris cohæredes, utili actioni locus sit: tum, quia emptorem hæreditatis vicem hæredis obtinere placuit: *l. venditor* 2. §. *cum quis debitori* 18. *ff. de hæred. vel act. vendita:* tum quia utilem quoque hæreditatis petitionem rei & in eum competere, receptum fuit: *l. nec ullam* 13. §. *quid, si* 4. §. *si quis sciens* 8. & 9. *l. ei, qui* 54. *ff. de petit. hæred.* ac generaliter obtinuit, utiles actiones illis casibus emptori hæreditatis dari, quibus directæ venditori: *l. si cum emptore* 16. *ff. de pactis: l. emptor:* 5. *C. de hæred. vel act. vendita.*

12 Similiter non interest, utrum hæreditatem possideant, nec ne; cum in hoc judicio non factum, sed jus spectetur, quod quisque habet, nec ex possessione, sed magis ex jure dominii, per hæreditatis aditionem quæsito, hoc judicium nascatur: *l.* 1. §. 1. *l. hæredes ejus* 25. §. *quantum* 2. *l. fundus* 51. §. 1. *ff. h. t.* Nec, utrum inter omnes cohæredes, an inter pauciores ex pluribus hoc judicium accipiatur: *l. per familiæ* 2. §. *dubitandum* 4. *ff. h. t.* arg. *l. etsi non* 8. *in pr. ff. communi dividundo:* ut tamen in casu, quo inter pauciores ex pluribus hoc substitit judicium, reliquis eo ipso non præjudicetur, quo minus ipsi postmodum vel petitione hæreditatis a tertiis possessoribus, in quos alienatæ res hæreditariæ, easdem recuperent: *l. inter cohæredes* 44. §. *si cohæredes* 2. *ff. h. t.* vel etiam familiæ erciscundæ actione adversus eos, inter quos prius actum fuerat, experiantur, ad id, ut de novo hæreditatis totius divisio peragatur; cum unusquisque eorum, quibus ex prima inter pauciores instituta distributione res obvenerunt, possideat pro indiviso reliquorum, nunc demum agentium, portionem: *l. cohæredibus* 17. *C. h. t.* eoque forsitan Ulpianum respexisse existimem, dum ait, causa cognita etiam amplius quam semel familiæ erciscundæ judicio agi posse: *l. filia* 20. §. *familiæ* 4. *ff. h. t.* Confer Ant. Fabrum *Cod. lib.* 3. *tit.* 25. *defin.* 5. Sed, ne per cohæredum quorundam sive casu sive consulto contingentem absentiam diuturniorem, res hæreditariæ cum hæredum præsentium detrimento manerent communes, atque ita discordiarum & negligentiæ duraret occasio ac mater, consultum præsentibus est, non, ut sequester publicus desideretur, per quem hæreditas administretur; uti voluit Papon. *lib.* 15. *tit.* 7. *ar.* 4. sed potius, ut aliquem aut aliquos, absentium vicem in divisione familiæ subituros, auctoritate publica judiciali petant substitui, quo universale inter omnes omnino cohæredes tum præsentes tum absentes a substitutis publicis repræsentatos, familiæ erciscundæ judicium ad finem perducatur, non ultra deinde per absentes repetendum. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 135. *in fine*.

13 Quod si pluribus ex cohæredibus unus sit mortuus, etiam hæredibus ejus de hæreditate defuncto quæsita adversus cæteros defuncti cohæredes hoc judicio experiundi potestas est; ita tamen, omnes simul, velut unum defunctum repræsentantes, agere teneantur, aut unum simul procuratorem constituere; cum non possit in partes judicium scindi: *l. si familiæ* 48. *ff. h. t. l. licet in popularibus* 42. §. *si plures* 6. *ff. de procuratoribus*. Quamvis permittendum non sit, plures cohæredes simul eundem procuratorem dare, quoties ipsi inter sese divisorio hoc judicio contendunt; quoniam res expediri non potest circa adjudicationes & condemnationes: *d. l.* 42. §. 6.

14 Sunt tamen, qui ad divisionem provocare nequeunt, inter quos primo loco occurrunt hæredes sub conditione instituti; ea enim etiamnum pendente cum hæreditatem adire nequeant: *l. is qui hæres* 13. *ff. de acquir. vel omitt. hæred.* & inter eos solos, qui hæredes sunt, hoc detur judicium; consequens est, eos non modo frustra petere rerum divisionem, quarum domini necdum facti sunt; sed ne per eos quidem, qui pure erant in partem vocati, posse interim ad divisionem in incertum conditionis eventum urgeri, quotiens pure alios, alios sub conditione institutos concipimus. Quamvis haud videatur eundum inficias, quin medio tempore inter eos, quibus pure delata fuit hæreditas, hoc judicium suscipiatur, salvo jure ejus, qui sub conditione hæ-

res

res est, ubi ea deinceps existit. Si enim & tunc, cum pure omnes instituti sunt, inter pauciores ex pluribus (secundum ante dicta) actio hæc exerceri possit, intacto reliquis suo agendi jure: *l. per familiæ* 2. §. *dubitandum* 4. *ff. h. t.* junct. *l. cohæredibus* 17. *C. h. t.* ratio non est, cur non idem hoc quoque in casu videretur permissum. Præsertim, si consideres, etiam hæredem pure scriptum, cui cohæres sub conditione adjectus fuarat, interim ex asse hæreditarias posse actiones exercere, perinde ac si solus hæres esset; ita tamen, ut vel cohæredi, post eventum conditionis, victoriæ commodum communicare teneatur, vel ipsi cohæredi libera deinceps esse debeat experiundi potestas pro sua parte: *l. si hæres unus* 7. *ff. h. t.* Confer Gomezium *variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 2. *n.* 15.

15 Non etiam recte divisionem petunt pupilli, minores, prodigi, mente capti, aliique similes; uti nec tutores eorum aut curatores; sed provocationem tenentur expectare, si majorennibus eorum cohæredibus a communione recedere consultum visum sit; quo casu provocati hoc suscipiunt judicium efficaciter tutores & curatores, ac ad divisionem tam immobilium quam mobilium jure procedunt, etiam non impetrato ad id decreto, etsi inter alienationum species rerum quoque communium divisio numeretur, & vulgo non valide alienatio rerum ad eos pertinentium, qui sub tutelà vel cura sunt, sine magistratus decreto fiat: *l. pen. C. de prædiis & aliis reb. minor. sine decreto non alien. l.* 1. §. 2. *l. si pupillorum* 7. *pr. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt.* Frustra namque hoc casu decretum postularetur, aut expectaretur, ubi nunquam prætor illud posset denegare; cum in communione vel societate invitus nemo perdurare compellatur: *l. ult. C. communi divid.* Plane, si manifesto doceatur, pupillis, minoribus, reliquisque alieno arbitrio regendis, non expedire communionis continuationem, dum forte cohæredes majorennes, aut negligentes admodum sunt, aut molesti rixosique, nihil impedit, quo minus tutores aut curatores decreto impetrent dividendi licentiam, atque ita ipsi cohæredes pupillorum majorennes hoc provocent judicio ad divisionem: arg. *l. si convenerit* 14. *in fin. ff. pro socio.* Sande *decis. Fris. lib.* 2. *tit.* 9. *defin.* 21. & *de prohibita alienat. part.* 1. *cap.* 1. §. 3. *n.* 31. 32. Menochius *de arbitrar. judic. lib.* 2. *casu* 171. *n.* 34. *& seqq.* Montanus *de tutelis cap.* 33. *n.* 189. *& seqq.* Sed &, cum inter solos minores res aut hæreditas communis esset, inter eos tamen ex decreto causa cognita interposito, ac interveniente tutorum aut curatorum auctoritate; fieri posse divisionem, quoties id evidens suadet minorum utilitas, rescriptum est: *d. l. pen. C. de prædiis & aliis rebus minor. sine decr. non alienand.* Quin imo, cum sine decreto, sola tutorum auctoritate, ex bona fide plures inter pupillos divisio intercessisset, & æqualitatem per omnia constaret servatam esse, sic ut nullus ea divisione videri posset minus sua portione possidere, nullam ulterius familiæ erciscundæ actionem ulli cohæredum oportere concedi, Paulus respondit: *l. Lucius* 38. *ff. h. t.* Quod autem in *l. inter pupillos* 20. *ff. de auctorit. & cons. tut.* generaliter divisio videatur fieri potuisse sine decreto, mirum non est, cum ea lex Scævolæ sit, qui vixit & scripsit, ante quam oratione Severi indictum fuit, ad alienationes rerum pupillarium decreto opus esse.

16 Quod si statuto cautum sit, ne ullus maritus, vel, ut Ultrajecti, ne maritus improlis sine uxoris assensu rerum uxoriarum immobilium faciat alienationem; dicendum fuerit, eum nec ad hæreditatis uxori delatæ divisionem sine ejus consensu posse provocare; cum divisio quoque alienationis species sit; & re ipsa contineat dominii translationem, sive divisione in partes, sive rerum adjudicatione, familiæ erciscundæ judicium absolvatur. Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 3. *n.* 8. *p. mihi* 225.

17 Tendit hæc actio ad id, ut res hæreditatis antea communes dividantur, secundum mores regionis, aut cohæredum voluntatem: arg. *l. judicem* 21. *ff. communi divid.* Confer Grotium *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 28. *n.* 12. *& seqq.* & fiant cujusque propriæ pro parte divisa; idque communibus omnium cohæredum impensis, si quæ propter divisionem faciendæ sint; sive sponte omnes ad divisionem processerint, sive unus reliquos invitos familiæ erciscundæ judicio provocaverit; cum æque tales impensæ necessariæ censeri debeant, atque ea, quæ in bonorum proscriptionem, & generaliter venditionum explicandarum gratia, aut inventarii confectionem, erogata sunt; qualia velut ipsam hæreditatis quantitatem ipso jure minuentia, prius inde deducenda, atque ita demum patrimonii quantitas æstimanda est: arg. *l. quantitas patrimonii* 72. *ff. ad leg. Falcid. l. ult.* §. *in computatione* 9. *C. de jure deliberandi.* Johan. Papon. *lib.* 15. *tit.* 7. *ar.* 3. Boerius *decis.* 51. *n.* 16. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 28. *n.* 14. 15. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 318. eo excepto, quod impensæ pro impetrato decreto aut aliter, non propter ipsam divisionem, sed ob cohæredum quorundam minorennitatem erogatæ, solos minorennes, non item cæteros debeant hæredes gravare: *d. consil.* 318. *in fine.*

18 Non aliter tamen divisio regulariter facienda, quam si constiterit, defunctum esse eum, de cujus familia erciscunda contenditur; tum quia nulla viventis hæreditas est, ac non entis nullæ affectiones sunt: *l.* 1. *ff. de hæred. vel act. vend.* tum quia eorum demum hæreditas potest dividi, quorum hæreditas peti potest: *l.* 12. *pr. ff. h. t.* Quod si quis diutius absens fuerit, neque quicquam certi de eo relatum sit, atque adeo incertum prorsus, post diligentem inquisitionem, utrum superstes etiamnum sit, an fato functus; inter interpretes non satis constat, an, & post quanti temporis spatium ad ejus tanquam defuncti hæreditatem dividendam procedere liceat. Sunt enim, quibus placuit, ne post annorum quidem triginta lapsum, ex quo quis abesse cœpit, atque ignorari, divisionem permittendam esse inter eos, qui hæreditatem ejus ex testamento vel ab intestato jam spe devorarunt; sed auctoritate publica oportere bonis absentis curatorem constitui. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 272. moti ex eo, quod nemo in dubio ante annum centesimum, velut finem vitæ longævi hominis, mortuus præsu-

ma-

matur: arg. *l. an usufructus* 56. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* & is, qui mortem alterius asserit, id ipsum probare debeat. Christinæus *ad Leg. Mechl. tit.* 16. *art.* 28. *n.* 2. Quodque nemo hæreditatem adire aut repudiare queat, quamdiu incertus est, an testator mortuus sit, nec ne: *l. is qui hæres* 13. *§. quis* 1. *ff. de acquir. vel omitt. hæred. l. nec nos præterit* 4. *C. de postliminio reversis*: nec ullum circa hæreditatem nondum aditam esse possit familiæ erciscundæ judicium: *d. l.* 4. *C. de postlimin. l.* 2. *pr. ff. h. t.* Quo fundamento etiam legibus Mechliniensibus *tit.* 16. *art.* 28. cautum invenitur, ubi alter ex parentibus moritur, relicto unico filio vel nepote peregre agente, de quo nihil certi est, vivatne, an mortuus sit, licere superstiti, eorum bonorum, quæ ad peregrinantem devolvuntur, indicem conficere, atque ita in eorum possessione remanere, tanquam legitimum eorum administratorem, modo idonee caveat: neque antea ad divisionem compelli posse, quam hæredes peregrinantis eum e vita decessisse, documentis probaverint. Plerisque tamen rectius visum fuit, hæredibus, ex testamento vel lege ad successionem absentis vocatis, post diutinam absentiam & vitæ incertitudinem permittendum esse, patrimonium hujusmodi absentis non possidere tantum, sed & inter se dividere pro rata, cautione scilicet interposita in casum, quo absens aliquando postliminio reversurus esset; sic ut interim non tam vere hæredes censendi sint, quam potius fiduciarii possessores, aut bonorum absentis curatores. Joh. Papon. *lib.* 15. *tit.* 7. *in append. arr.* 1. & 4. Choppinus *ad leges Andium lib.* 3. *tit.* 2. *n.* 4. Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 8. Charondas *en ses memorables du droict François*, verbo *l'absent encore*. Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *tit.* 9. *defin.* 8. Molierus *semestrium lib.* 2. *cap.* 45. *in pr.* Quod & juris Romani fundamentis conveniens videtur, dum hæredi sub conditione instituto permittitur, conditione pendente, res hæreditarias possidere, si substitutis aut aliis, ad quos deficiente conditione hæreditas perventura est, caverit de restituendo in casum conditionis deficientis: *l. inter omnes* 12. & 13. *ff. qui satisd. cog.* Nec hisce adversantur, quæ pro opinione priore sunt superius adducta: quod enim attinet argumentum ex *d. l.* 56. *de usufructu & quemad. quis utat.* non aliud ea asseritur, quam hominem posse vivere centum annis, sed quicquid possibile est, de eo non statim præsumendum, quod & eventurum sit; cum non ex eo, quod rarissime, sed ex eo, quod frequenter accidit, præsumptiones desumendæ sint; rarissimum vero sit, ac proinde nec verisimile, vitam hominis nunc ad eam usque ætatem productum iri. Unde &, quoties de hominum singulorum vita quæstio est, longe breviori tempore, quam centum annis, unumquemque superfuturum præsumptio est, ad ineundam legis Falcidiæ computationem: *l. computationi* 68. *ff. ad leg. Falcid.* Quod vero allegatum est, nec adiri nec dividi posse hæreditatem ejus, de cujus morte non constat: *d. l.* 4. *C. de postliminio reversis*: l. 13. §. 1. *ff. de acquir. vel omitt. hæredit.* id decisionem superiorem non subvertit; cum verum quidem sit, nullam nisi ejus, quem defunctum constat, hæreditatem adiri & dividi pleno jure posse, sed non ideo fiduciaria bonorum possessio pro diviso vel indiviso illis deneganda, qui nunc probabilem maxime habere videntur succedendi spem, & de restituendo cautionem interponere curatorum exemplo parati sunt; cum utique nec hæres, conditione institutionis pendente, adeundi jus habeat, & tamen recte cum cautione possideat hæreditatem, ut jam dictum.

19 Atque hinc, si forte post talem fiduciariam divisionem non quidem redierit, qui pro absente aut mortuo habebatur, sed diutius superstes fuisse probetur, ac medio tempore inter divisionem & probatam evidenter absentis mortem, lex succedendi ab intestato mutata sit, excludens quosdam eorum, quibus ex divisione obvenerant absentis ac vere viventis res, vel etiam quidam mortui sint, quorum successores non poterant jure repræsentationis ad absentis venire hæreditatem; magis est, ut vi cautionis interpositæ ad restitutionem adigendi sint illi, vel hæredes illorum, qui propter legem mutatam, aut propriam suam mortalitatem intervenientem, jure succedendi tempore mortis naturalis istius absentis destituti sunt. Neque enim ita hic, uti quidem circa captos ab hostibus per legem Corneliam, ex primo absentiæ momento aut ex postremis de vita ejus ante divisionem novellis, mortuus fingendus est, qui postea vere probatur diutius vixisse. Christinæus *volum.* 2. *decis.* 180. *n.* 7. etsi forte fictioni tali locus esse posset ac deberet, si nunquam postea probationes emergant, quo tempore sic absens in fata concesserit. Choppinus *ad leges Andium lib.* 3. *cap.* 2. *n.* 4.

20 Quantum vero temporis spatium oporteat elapsum esse, ex quo nihil certi de vita morteve absentis relatum est, antequam inter hæredes probabiles hæc divisio instituenda sit, non satis expeditum est. Annorum novem meminit Paponius *lib.* 15. *tit.* 7. *in append. arrest.* 4. Septennium nonnullis placuisse consuetudinum auctoribus; quibusdam triennium; aliis annorum quindecim spatium, notat Choppinus *ad leges Andium lib.* 3. *tit.* 2. *n.* 4. & Ant. Faber *Cod. lib.* 5. *tit.* 40. *defin.* 3. *in pr.* Sexdecim annorum decursum desiderat Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 8. Sane, si de constanti circa talia tempora consuetudine non appareat, rectius id totum judicis prudentis arbitrio committendum erit, ut consideratis probe circumstantiis ætatis, qualitatis, periculi, similiumque, æstimet, an jam mortui loco absens habendus videatur, atque ita divisio fiduciaria permittenda sit, an potius per curatorem bona absentis in tempus longius debeant administrari: cum utique de tempore, quo quis absens pro mortuo habendus foret, certi quicquam Romanis ex legibus peti nequeat. Nam etsi Justinianus constituerit, sufficere quinquennium, si incertum sit, utrum captus ab hostibus conjux superstes sit, nec ne, ad id, ut quasi mortuo conjuge ad alia liceat vota transire: *novell.* 22. *cap. sed etiam* 7. id tamen, tanquam in capto ab hostibus, ideoque propter servilem conditionem incapace nuptiarum ex summo jure: *d. nov.* 22. *cap.* 7. ad consequentias producendum non est.

21 Cæterum non una tantum, sed & duæ pluresve easdem inter personas communes ac indivisæ hæreditates, veluti paterna & materna, inter fratres germanos uno dividi judicio, nihil vetat; sic ut eorum in arbitrio sit, utrum separatim de singulis hæreditatibus, an simul de omnibus, una familiæ erciscundæ actione experiri malint: *l. hæredes ejus* 25. §. *de pluribus* 3. 4. 5. *ff. h. t.* arg. *l. cum duobus* 52. §. *si plures* 14. *ff. pro socio*. Quæ adeo vera, ut, si inter te & me Titiana hæreditas communis sit, inter me vero & te & Titium Sejana, Pomponius scripserit, unum inter nos tres judicium accipi posse de utraque hæreditate: *d. l.* 25. §. *si inter me* 4. *ff. h. t.*

22 Quod si commodam res hæreditariæ non recipiant divisionem, aut saltem damnum ex divisione redundaturum sit, res singulæ singulis, quantum fieri potest, adjudicandæ sunt, ipsique rem ex adjudicatione tenentes vicissim reliquis pro rata in certam condemnandi pecuniæ quantitatem, si in alterius persona adjudicatio prægravare videatur, sive æqualiter, sive pro portionibus inæqualibus hæredes sint: §. *si familiæ* 4. *Inst. de offic. judicis*: *l. ad officium* 3. *C. communi divid.* Neque enim audiendi, qui adjudicationem rerum ei faciendam putant, qui majora ex parte dominus est; cum ita individuæ res omnes hæreditariæ uni, qui majora ex parte hæres est, assignandæ forent, non singulæ singulis, contra *d. l.* 3. & *d.* §. 4. Confer Sande *decis. Fris. lib.* 4. *tit.* 11. *defin.* 4. Grotium *manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 28. *n.* 16. sed potius licitatione mediante tunc negotium inter cohæredes expediendum, sic ut penes eum res tota constituenda sit, qui majus licitando pretium obtulit, *l.* 1. *C. communi dividund.* sive nulla præcesserit publici æstimatoris jurati æstimatio, sive ea facta sit, & plures sibi eam isto pretio adjudicari petant. D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap.* 7. *sect.* 1. n. 11. admisso etiam quandoque ad licitationem emptora extraneo, si se non sufficere ad justa pretia offerenda, aut vincendos cohæredes vilius licitantes, hæredum unus profiteatur: *l. ad officium* 3. *in fin. C. communi dividundo*: atiamsi forte statuto cautum esset sociorum unum alteri posse electionem offarre, utrum rem certo pretio æstimatam malit sibi emptam habere, an cedere offerenti: eo quod subinde vilius posset a socio pretium rei constitui, dum novit alterum ne isti quidem æstimationi viliori solvendæ parem fore. Vide Groenewegen *ad Grotium manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 28. *n.* 20. Quin imo, moribus probatum est, auctione publica res hæreditarias communes venales proponi, quoties hæredum aliquis inops aut pupillus est; ne clandestinis forte collusionibus ut dolosis licitationibus infra justum pretium res uni cederet, & commoda pupillorum sic fraudarentur. D. Joh. a Somaren *d. loco*. Sande *decis. Fris. lib.* 4. *tit.* 11. *def.* 4. *in med.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 27. *n.* 7.

23 Notandum tamen, fieri aliquando, ut & tunc, cum res hæreditaria commodam natura sua recipit divisionem, adjudicatio uni ex pluribus hæredibus facienda sit. Nam si defunctus forte rem habuerit cum extraneo pro indiviso communem, partem eam, quæ defuncti fuit, arbiter familiæ erciscundæ in solidum uni hæredum adjudicare debet; non inter plures hæredes pro rata partici; ne tertius ille defuncti socius plures hoc ipso acquireret socios ex parte inter cohæredes divisa, atque ita judex divisionis augeret difficultatem communionis, imo eadem opera tolleret, & novam aliam induceret communionem. Idemque juris est, si defunctus, rei alicujus ex asse dominus, partem ejus pro indiviso legaverit, parte altara in hæreditate manente: uti &, si hæredum unus suam rei singularis partem ante acceptum hoc judicium extraneo distraxerit: quia & tunc, si pars, quæ in hæreditate remansit, inter plures divideretur, partis alterius amptor aut legatarius cum omnibus dafuncti hæredibus incideret in communionem. Et hunc genuinum non modo sensum, sed & rationem verborum Pauli esse in *l. hæredes ejus* 25. §. *si testator* 6. *ff. h. t.* monet Cujacius *observat. lib.* 22. *cap. ult.* Brunnemannus ad *d. l.* 25. §. 6. cui tamen decisionis rationi per eosdem allatæ alteram, magisque urgentem, addendam puto, quod nampe absurdum, imo impossibile sit in tribus istis casibus, (quibus res defuncto cum extraneo communis fuit, vel defunctus rei suæ partem pro indiviso legavit, vel hæredum unus ante hoc judicium partem suam extraneo pro indiviso distraxit) ut cohæredes ex judicio familiæ erciscundæ separatas pro diviso acciperent partes partis illius, quæ in hæreditate inventa fuit aut remansit hæredibus cum legatario, emptore extraneo, vel defuncti socio pro indiviso communis, quamdiu non prius a communione cum extraneo, defuncti socio, aut partis legatario, vel emptore extraneo, recessum fuerit. Atque hinc, si cohæredes omnino partis talis non adjudicationem uni faciendam, sed inter se distributionem pro rata desiderare vellent, necesse foret, ut prius cum extraneo illo sive defuncti socio, sive emptore, sive legatario, experirentur communi dividundo judicio; atque ita demum hoc judicio partis, quæ a parte socii vel emptoris vel lagatarii jam separata est, exigerent intar se divisionem: *l. Mævius* 52. junct. *l. ex hæreditate* 54. *ff. h. t. l. ad officium* 3. *pr. C. communi divid.*

24 Quæ vero res in hoc veniant judicium; an immobilia vel mobilia per hostes capta; an res defuncto commodatæ, pignori datæ, aut apud eum depositæ, vel aliter possessæ; an litigiosæ; an per testatorem sub conditione legatæ; an thesaurus in fundo hæreditario per unum ex hæredibus aut extraneum repertus; an res per unum hæredum ex hæreditaria pecunia emptæ; an res hæreditariæ per unum hæredum pro parte vel in solidum distractæ; an mala medicamenta, libri improbatæ lectionis, lucra turpia; an jura sepulchrorum, patronatus, servitutum personalium, aut realium; an quæ uni cohæredum ex voluntate defuncti conditionis implendæ causa data sunt; prolixius exposui *tractatu de familia ercis. cap.* 7. Et quid juris sit circa prædia feudalia, emphyteuticaria, censualia, latius dixi *eod. tract. cap.* 9. quid itidem circa prædia adscriptitiorum dividenda servetur, vide Anton. Matthæum in *parœmiis Belgar. Jurisconsult. paræm.* 2. *n.* 47. 48.

25

25 Porro in hoc judicium venire etiam præstationes personales, impensas, nempe in rem hæreditariam per unum hæredem factas, si modo factæ sint post aditam hæreditatem, & ab hærede, qua tali, ac utiliter; damna quoque; uti & fructus rerum hæreditariarum; denique & accessiones rerum; tradidi plenius *eod. tract. cap.* 10. quæ per indicem hic retulisse suffecerit. Quibus adde, absurdum non esse, ut pro parte hæres, in universum solus gerens res hæreditarias, etiam salarium pro molestia suscepta, velut præstationem quandam personalem, consequatur, quoties in solidi administrationem plus laboris impendere debuit, quam in suam tantum partem fuisset impensurus: arg. *l. ex parte* 39. *ff. h. t.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 38. *in fine:* & *d. part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 27. *in fine*. Nec prætermittendum, de personalibus hujusmodi præstationibus condemnationes & absolutiones in omnium cohæredum personis faciendas esse; adeo ut, si in alicujus persona, omissa sit damnatio, in cæterorum quoque persona, quod fecit judex, valiturum non sit; veluti, si ex quatuor hæredibus hoc judicio experiuntibus unus impensas fecerit, & ei ad istas reddendas pro rata damnetur secundus & tertius, non item quartus: *l. in hoc judicio* 27. *ff. h. t.* Adde Vinnium *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 38.

26 Nomina & actiones quod attinet, in hanc non veniunt actionem, eo quod ipso jure inter cohæredes divisa sunt, ita ut pro rata hæreditatis parte singuli debeant singulisque debeatur: *l. per familiæ* 2. *§. ult. ff. h. t.* cui consequens est, ut si, divisa hæreditate, unus hæredum pro sua parte desinat solvendo esse, id cæteros cohæredes gravaturum non sit: ut id de legatorum petitione aperte responsum est *in l. legatorum* 33. *ff. de legatis* 2. Et, si in pluribus fidejussoribus id obtineat, quod superveniens post oppositam divisionis exceptionem inopia unius reliquos non oneret, etiamsi illi initio conventionis inspecto, singuli in solidum debitores fuissent, nec ipso jure ex Hadriani epistola obligatio divideretur: *§. si plures* 4. *Instit. de fidejussorib.* junct. *l. inter fidejussores* 26. *ff. eod. tit.* longe magis id inter eos servandum est, qui nunquam in solidum, sed ipso jure tantum pro hæreditaria parte devincti fuerunt. Gomezius *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 20. *n.* 4. *in med.* Costalius *ad l.* 25. *§. si miles ff. h. t.* Neostadius *Curiæ supr. decis.* 124. Et quamvis ad officium judicis nonnunquam pertineat, ut debita & credita singulis pro solido, aliis alia, adjudicet, quia sæpe & solutio & exactio partium non minima incommoda habet: *l. plane* 3. *ff. h. t.* tamen, si de talis adjudicationis effectu quæras, nec tunc unum ipso jure in solidum teneri, cæterosque liberari, ex Gajo disces, qui in *d. l.* 3. ulterius pergens ait, *hanc attributionem non illud efficere, ut quis solus totum debeat, vel totum alicui soli debeatur; sed ut, sive agendum sit, partim suo, partim procuratorio nomine agat; sive cum eo agatur, partim suo, partim procuratorio nomine conveniatur. Nam licet libera potestas maneat creditoribus, cum singulis experiundi; tamen & his libera potestas est suo loco substituendi eos, in quos onera actionis officio judicis translata sunt:* ac proinde, si forte creditor vi adjudicationis unum hæredum in solidum convenerit, & is solvendo non sit, id non impediet, quo minus reliquos deinceps pro sua parte hæreditaria conveniat; non enim eo ipso, quo creditor hæredem unum in solidum convenit, censeri debet tacite pactus esse, ne ultra peteret a cæteris; cum non nisi uno in casu pacti hujusmodi taciti præsumptionem leges admittant; puta, si hæreditas vendita sit, & creditores omisso venditore emptorem hæreditatis, hæredem repræsentantem & actiones sponte suscipientem, convenire cœperint: *l. post venditionem* 2. *C. de pactis*, quod ad consequentias casusque dissimiles trahendum non est. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 14.

27 Sed &, si non ex judicis adjudicatione, sed mutua cohæredum conventione, vel testatoris dispositione, placuerit, ut singuli cohæredes singula debita, alii alia, exsolverent, nullum inde creditoribus præjudicium nasci potest, quo minus hæredes singulos, quos pactio vel testatoris voluntas exoneraverat, pro hæreditaria conveniant portione, cum cogi nequeat creditor alium debitorem admittere: *l. si mandatu meo* 45. *§. item si* 2. *ff. mandati:* & debitorum pactionibus creditorum petitio nec tolli nec mutari possit: *l. debitorum* 25. *C. de pactis: l. Imperatores* 3. *ff. de transact.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 14. *num. ult.* Quæ adeo certa, ut ex juris Romani principiis creditoribus ex conventione cohæredum aut testatoris voluntate ne nata quidem fuerit potestas, eum invitum in solidum conveniendi, qui solidi solutionem vi pacti vel testamenti in se receperat, quemve defunctus contractu suo nominatim in solidum creditori devinxerat, sed adhuc cum singulis pro rata experiundum fuerit; dato iis regressu adversus illum, qui solidi solutione secundum jam dicta gravatus erat: *l. servo legato* 69. *§. si testator* 2. *ff. de legatis* 1. *l. eum, qui ita* 56. *§. te & Titium* 1. *ff. de verbor. obligation. l. pacto successorum* 26. *C. de pactis*. Lamb. Goris *adversar. tract.* 3. *part.* 1. *cap.* 3. *n.* 3. *& seqq.* Confer *tit. de pactis n.* 11. & *tit. de reb. cred. n.* 17. Quod tamen moribus nostris ad evitandas litium ambages ac multiplicationem mutatum ajunt, creditoribus ex æquitate concedentes facultatem in solidum conveniendi illum, quem defunctus testamento vel pacto, aut cohæredes conventione mutua, in solidum voluerunt gravatum. Lambertus Goris *d. tract.* 3. *cap.* 5. *n.* 1. *& seqq.* Groenewegen ad *d. l.* 69. *§.* 2. *ff. de legatis* 1. Imo jure singulari placuit Mechliniensibus, creditoribus etiam tunc, cum nullus cohæredum ex conventione vel defuncti dispositione in solidum oneratus invenitur, electionem competere, contra quem ex pluribus in solidum experiri velint; ne in plures debitores distringeretur creditor, qui cum uno contraxerat; salva hæredi in solidum condemnato actione contra cohæredes ad indemnitatem pro rata. *Statuta Mechliniens. tit.* 16. *art.* 37. Vice versa quoque vel ex ipsius Romani juris dispositione id obtinet, quod si hæredum unus ex officio judicis vel pacto, vel testatoris dispositione ad solidi debiti solutionem devinctus sit, ac reliqui per creditorem pro rata parte conveniantur, libera ipsis potestas sit suo loco substituendi eum, in quem onus actionis ita tran-

translatum est: *l. plane* 5. *l. si filia* 20. §. *item Papinianus* 8. *ff. h. t.*

28 Pro qua autem parte hæredes singuli ferre debeant onus æris alieni, si alter mobilium, alter immobilium hæres sit, si quis pro diversitate locorum, in quibus sita sunt defuncti immobilia, rerum tantum quarundam successor sit, aut jus vigeat, ut paterna bona paternæ, materna maternæ lineæ cedant; quibus in casibus in solidum singuli ex jure Romano conveniri possint; aliæque similes difficultates, discutiendæ potius videntur ad *tit. de acquir. vel omitt. hæred.* Vide interim Lambertum Goris *adversar. tract.* 2.

29 Divisioni hæreditatis pacta varia addi possunt; veluti de evictione præstanda, aut indemnitate, si forte res evincantur, vel debitores hæreditarii uni assignati solvendo non sint; aut vice versa: de qua evictionis præstatione hoc in judicio dicam *tit. de eviction.* & scripsi *in tract. famil. erciscundæ cap.* 15. *n.* 5. *& seqq.* Frequens præcipue ac probata in Hollandia est pactio de futura successione, ut nempe bona, quæ cuique ex divisione obvenerunt, certo modo devolvantur post mortem eorum, quibus cesserunt, electa forte successione secundum jus Aesdomicum, aut Scabinicum, prout id dividentibus visum fuerit. *Ordonnantie van Politie in Holland anno* 1580. *artic.* 29. *in fine*. Quod potissimum tunc usum invenit, & fieri expedit, cum parens superstes ad secunda vota transiens, per quandam familiæ erciscundæ speciem liberis prioris matrimonii impuberibus assignat bona parentis prædefuncti; quæ longe parcius assignaret, si, illis sine testamento morientibus, bona eorum non ad parentem superstitem ex jure Aesdomico, sed ad prædefuncti parentis proximiores jure Scabinico devolverentur: unde pactum tunc adjicitur, ut in bona assignata Aesdomico jure succedatur: *d. Ordonnantie van de Politien binnen Holland. art.* 29. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 29. *n.* 7. *&* 8. Uti ex adverso quoque fieri potest, ut parens superstes parcius liberis prioris matrimonii impuberibus assignans prædefuncti parentis facultates, pactum apponat, ne ipse in bona assignata jure Aesdomico, sed prædefuncti conjugis cognati Scabinico jure successores sint, licet tunc nulla liberorum impuberum utilitas appareat: cum generaliter liberam paciscendi licentiam sine restrictione concedat lex Hollandica: *d. art.* 29. neque ejus pactionis ineundæ facultas sustineatur ex favore liberorum, sed magis pro ratione ac fundamento habeat liberiorem de hæreditate viventis paciscendi potestatem. Rodenburch *de jure conjug. tract. prælimin. de statutorum diversit. tit.* 4. *parte altera cap.* 2. *n.* 12. *pag. mihi* 157. 158. Nec his pactionibus admodum dissimilis illa est, qua conjux superstes, parcius forte assignans liberis prioris thori sua bona paterna vel materna, promittit, fore, ut liberi prioris matrimonii cum conjugii posterioris sobole sibi assignanti æqualiter succedant: etsi distet in eo a prioribus, quod in illis salva liberis maneat licentia disponendi testamento in contrarium, ubi ad ætatem ad testandum legitimam pervenerint. Grotius *d. cap.* 29. *n.* 2. 3. 4. 5. in hac parens ipse suo facto videatur hactenus sibi liberam ademisse testamenti factionem, ne plus posterioris quam prioris matrimonii liberis relinquat. Responsa Juriscons. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 86. versu *ten derden*. Sed cum pacta talia bonorum paternorum vel maternorum assignationibus adjecta vix uspiam extra Hollandiam probata sint, Ultrajecti certe improbata, considerandum obiter; rerum quidem immobilium intuitu pacta ista conventa tantum effectum esse sortitura quantum ad immobilia in Hollandia, non item alibi sita illis in locis, in quibus tales displicuere conventiones. Valitura tamen esse quantum ad immobilia Hollandica, non modo, si in Hollandia essent inita, sed & si alibi celebrata, ubi nullus talium pactorum usus est; eo quod tralatitium est, immobilia quantum ad successiones regi jure loci, in quo sunt. Valitura denique circa mobilia ubicumque sita, ita demum, si impuberes, quibus assignatio bonorum ea lege facta est, in Hollandia domicilium foveant, aut alio in loco pactiones istiusmodi non reprobante; cum usus induxerit communis, mobilia regi oportere domicilii jure, ut dictum latius de statutis. Ut tamen sufficere videatur, tunc, cum assignatio bonorum & pactio interponebatur, domicilii lege eam fuisse probatam, etsi postea domicilium ad tale territorium translatum fuerit, in quo ita pacisci interdictum erat. Uti ex adverso, si tempore conventionis domicilii lex refragaretur, pactio ex post facto convalitura non esset ex eo, quod domicilii translatio fieret ad locum talem, cujus lex talem sustinet de successione conventionem: tum quia initium contractus inspiciendum est: arg. *l. pretii causa* 9. *C. de rescind. vendit.* tum quia ex præsenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit: *l. usufructus* 26. *in fin. ff. de stipul. servor.* Ut proinde nec ex migratione convalescere debuerit, quæ ab initio non valuit, nec vice versa convelli sola migratione, quæ semel ex præsenti legitimum ac bonum initium habuerat. Confer Rodenburch *d. tract. prælimin. de statutor. diversit. tit.* 4. *parte altera cap.* 2. *n.* 3. 4. 5. 7.

30 Cessat hoc familiæ erciscundæ judicium, si semel eo actum sit; nam si quid indivisum remanserit, judicio communi dividundo inter eosdem locus est: *l. si filia nupta* 20. §. *familiæ* 4. *ff. h. t.* nisi, ut ante dictum, inter pauciores ex pluribus divisionis judicium susceptum fuerit, & reliqui postea supervenientes iteratam petant hæreditatis totius divisionem. Atque hinc etiam est, quod quandoque cohæredes de rebus quibusdam singularibus hæreditariis dividendis non hoc, sed communi dividundo judicio inter se contendunt, quo magis ipsis adhuc deinceps hæc generalis familiæ erciscundæ actio in integro sit: *l. inter cohæredes* 44. *pr. ff. h. t.* Nec obstat hisce *l.* 1. *C. h. t.* cum in ea rescribant Imperatores de casu, quo non per judicis sententiam, sed mutuum cohæredum consensum, rerum quarundam divisio facta est; tunc enim, quia nondum inter eos agitatum fuerat universale divisionis judicium, merito indultum ipsis fuit, de non divisis familiæ erciscundæ actione experiri. Neque etiam adversatur, quod sæpius inter eosdem agi possit petitione hæreditatis: *l. si a te* 9. *ff. de exceptione rei judicatæ:* cum inter eam & hoc divisorium judicium il-

illud interest, quod hoc non natura tantum sed & effectu seu eventu universale sit, quia dividi possunt res hæreditariæ, etsi a cohæredibus possessæ non sint, in eoque non tam factum possessionis spectetur, quam potius jus, quod quisque habet, ut supra probatum *n.* 12. At petitio hæreditatis semper quidem natura sua universalis est, non autem effectu; dum nihil ea actor consequitur, nisi quod ab adversario possessum est, etsi universaliter egerit ad totam hæreditatem ex jure suo sibi competente: *l.* 1. §. 1. *ff. si pars hæred. pet. l. licet minimam* 10. *ff. de petit. hæred.*

51 Cessat quoque, si testator alium ex re certa hæredem scripserit, alium sine re; quia hæres ex re certa scriptus legatarii loco est, atque adeo non potest videri ullam habere rem cum cohærede jure hæreditario communem: *l. quotiens* 13. *C. de hæred. instit.* Uti &, si alium castrensis, alium paganici; alium mobilium, alium immobilium hæredem fecerit; eo quod nec his in casibus ulla inter cohæredes rerum communio est, dum lex satis separavit castrensia ab aliis, & natura simul cum juris dispositione concurrens mobilium ab immobilibus distinctionem abunde inducat, adeoque lex & natura, suas cuique partes dando, prævenerit circa divisionem judicis aut cohæredum officium: *l. hæredes ejus* 25. §. *si miles* 1. *ff. h. t.* Idemque est, si nil præter nomina, ipso jure divisa, in hæreditate reperiatur: *d. l.* 25. §. 1. dixi latius *tract. de familia erciscunda cap.* 15. *n.* 5. & 6.

52 Insuper, etsi testatoris prohibitio efficere nequeat, ut in perpetuum inter cohæredes communio maneat, nec ullo tempore rerum hæreditariarum divisio postuletur; eo quod nec mutua cohæredum pactione id agi potest, ut in æternum communio societasve duret; neque testatori permittendum videtur id sua sola cavere dispositione, quod ne conventione quidem duorum introduci potest: arg. *l. in hoc judicium* 14. §. *si conveniat* 2. *ff. communi dividund. l. nulla societatis* 70. *ff. pro socio:* ad tempus tamen etiam longum, vel, quamdiu certa persona vixerit, facta per testatorem prohibitio divisionis, quo minus teneat, ratio non est; cum etiam conventione partium societas in perpetuum, id est, quamdiu vivunt socii, contrahi possit: *l.* 1. *ff. pro socio:* & id agi, ne intra certum tempus divisio fiat, aut a societate discedatur: *d. l.* 14. §. 2. *ff. communi divid. l. actione distrahitur:* 65. §. *item qui* 6. *ff. pro socio.* Atque ita hæredum institutionem sub ea conditione, *si socii bonorum hæreditariorum usque ad annos sedecim permanserint*, inutilem non esse, ex sententia Juliani contra Marcellum Ulpianus scripsit: *l. si qui ita* 4. *de condit. Institut.* Balbus *de præscription. part. quart. princip. quæst.* 13. *n.* 5. Jul. Clarus §. *testamentum quæst.* 67. Boerius *decis.* 87. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observat.* 139. *n. ult.* Ant. Thessaurus *decis.* 142. Tuldenus *in Cod. tit. communi dividund. n.* 2. Peregrinus *de fideicommissis art.* 11. *n.* 80. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 21. *n.* 19. Neque iis, quæ de improbata in perpetuum divisionis prohibitione dicta, repugnat, quod testator in perpetuum alienationem prohibere possit: *l. filiusfamilias* 114. §. *divi Severus* 14. *ff. de legatis* 1. cum diversitatis ratio in eo sit, quod alienationis prohibitio non inducit communionem, discordiarum ac negligentiæ matrem; uti quidem id facit prohibitio divisionis. Et quod attinet testatoris rogationem, *ut quicquid ipse reliquisset, aut cohæredes haberent, commune ipsis esset*, juxta *l. ult.* §. *Lucius Titius* 3. *ff. de legatis* 2. *l. Lucius Titius* 78. *ff. ad senatusc. Trebell.* ea non communionis perpetuæ, sed tantum collationis bonorum, postea separandorum, præceptum complectitur, ut ex ipsis illis legibus colligi potest. Adhæc in praxi receptum est, creditores postulare posse a judice domicilii defuncti, ut faciendam inter cohæredes rerum hæreditariarum divisionem inhibeat, usque dum ipsis vel solutione satisfactum, vel cautione præstita satisdatum fuerit; ut ita evitent necessitatem conveniendi singulos pro rata post diremptam divisione communionem.

53 Non tamen denegandum hoc judicium ex eo, quod cohæredes res hæreditarias communiter pro indiviso totis triginta vel pluribus possederunt annis. Si enim adinventa sit usucapio atque præscriptio etiam ob id, ut aliquis litium finis esset: *l. ult. ff. pro suo:* non utique sic debuit rerum perpetuam introducere communionem, ut nullo unquam tempore ab ea recedi posset; cum eo modo lites non amputarentur, sed magis ampla discordiarum seges esset, quæ ex communione progerminare consuevit: *l. cum pater* 77. §. *dulcissimis* 20. *ff. de legatis* 2. Præterquam quod quis eo ipso, quo conjunctim cum alio possidet, consortem agnoscit: nec præscribere potest, qui non tantum suo nomine, nec sibi soli, sed sibi simul & consorti pro indiviso rem tenet: arg. *l. male igitur* 2. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* Quibus accedit, quod jus a communione recedendi res meræ facultatis est; cujus proinde petitionem longi vel longissimi temporis præscriptio non perimit. Adde *libellum meum de familia erciscunda cap.* 15. *n.* 1. *ibique DD. citatos.* Si tamen unus cohæredum res hæreditarias totis triginta annis solus suo nomine proprio tanquam suas possederit; magis est, ut in universum deinceps hoc cesset judicium; non, quod perpetua deinceps inter cohæredes communio maneret; sed potius, quod possessor solus res possessas hæreditarias sibi servaturus sit: cum utique post annorum triginta decursum, nulla amplius hæreditatis petitione, tanquam actione mixta in rem & in personam, conveniri possit, quasi pro hærede vel pro possessore teneret cohæredum partes: arg. *l. hæreditatis* 6. *C. de petit. hæred.* junct. *l.* 1. §. 1. *C. de annali except.* Eoque accipiendum sensu, quod a Justiniano sancitum fuit, neque familiæ erciscundæ, neque communi dividundo, neque finium regundorum actiones ultra triginta annorum metas extendi: *d. l.* 1. §. 1. *C. de annali except.* Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 54. Struvius *ad Pand. h. t. n.* 14. Quibus non est contrarium, quod ab interpretibus frequentius est traditum, ex separata possessione rerum hæreditariarum, qua unus unam, alter alteram rem solus integris tenuit decem annis inter præsentes, viginti inter absentes, solus fructus percepit, onera solvit, ut divisionem quidem inter co-

eohæredes præsumi factem, si partes ant res, quas separatim singuli possederunt, inæquales edmodum sint. Menochius *de præsumpt. lib.* 5. *præs.* 60. *n.* 6. Boerius *decis.* 58. nec, si unus cæteris conniventibus longo tempore solus hæreditariarum rerum possessor fuerit quasi ex esse hæres, prohiberi cæteros adire hæreditatem, ac petere divisionem ejus. Tiraquelius *de jure primogenit. quæst.* 25. *n.* 4. Etsi enim verum sit, longi temporis possessionem ista operari non posse, quia & hæreditatis petitio & femiliæ erciscundæ judicium integris durat triginta ennis: *d. l.* 7. *C. de petit. hæred. d. l.* 1. §. 1. *C. de annal. except.* tamen, si triginte illi anni præterlapsi sint, præclusum videtur & extinctum omne juris remedium, quo vel hæreditas peti, vel divisio ejus obtineri posset. Ne dicam, haud deesse, quibus placuit, separatam longi temporis possessionem sufficere ad excludendam io posterum divisionis petendæ facultatem. Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *tit.* 11. *def.* 4. & plures eb eo allegeti.

34 Cæterum eccidit aliquando, ut facta inter cohæredes divisio inutilis sit, eut rescindatur. Etenim, si in divisione læsio contigerit, etiam majoribus ea læsis subveniri solet; & id quod inæqualiter factum esse constiterit, in melius reformari; sive freude cohæredum aut aliorum, sive perperam sine concurrente cujusquam dolo, per errorem forte, inæqualis divisio facta sit: *l. majoribus* 3. *C. commun. utriusque judicii: l. si post divisionem* 4. *C. de juris & facti ignorantia: l. si soror* 8. *C. de collation. l. cum putarem* 36. *ff. h. t.* Ut tamen non quævis læsio semper faciat infirmari divisionem: nam eut per errorem divisio facta est cum eo, qui hæres non est, vel non tanta ex parte, ex quanta credebatur tempore divisionis cohæres esse; eut inter veros hæredes intercessit, ac pro ea parte, que hæredes erant, sed tamen minus quam oportebat, uni vel quibusdam ex divisione quæsitum est. Si cum eo facta sit, qui aut nullo modo ent non tanta ex portione cohæres eret; distinguendum fuit, utrum mediante judicis senteotia, en sine judice per privatam pactionem divisio peracte sit. Si enim nil nisi privete intercesserit conventio, dubium non est, quin ee, quæ falso, vel non tanta ex parte hæredi, ex divisione cesserunt, apud eum existant vere indebita: cui consequens, ut & indebiti condictio hoc casu competere debeat, cum inter eos transactum intelligi non possit, ubi alter alterum per errorem putavit cohæredem esse: *l. cum putarem* 36. *in fine ff. h. t. l. si post divisionem* 4. *C. de juris & facti ignor.* Sin judicis auctoritate ac sententia intervenientie inter verum falsumque hæredem divisio contigerit, & edjudicetiones ec condemnationes invicem factæ sint, indebiti condictioni locus non est; quie indebite solutum dici nequit, quod ex cause judiceti solotom est, dum res judicata pro veritate habetur, & rerum edjudicatarum ec præstitarum dominus fiat, cui erbiter qua hæredi per familiæ erciscundæ jodicium eas adjudicevit: *l. si fidejussor* 29. §. *pen. ff. mandati: l.* 1. *C. de condict. indeb.* Quamvis enim vere non sit familiæ erciscundæ judicium, nisi inter cohæredes, opinio tamen illa, quod cohæres fuerit, qui non est, juncta adjudicationibus, sufficere dicitur ad impediendam repetitionem ejus, quod ex causa judiceti solutum est: *d. l. cum putarem* 36. *in med. ff. h. t.* junct. *l. ingenuum* 25. *ff. de statu hominum.* Sed quie veritas rerum erroribus gestarum non vitietor: *l. illicitas* 6. §. *veritas* 1. *ff. de offic. præsidis:* ac inter justas restitutionis causas etiam numeratur justus error: *l.* 2. *ff. de in integr. restitution.* etque insuper ex falsis instrumentis aut ellegationibus obtenta sententia rescindi potest: *l.* 3. *& tot. tit. C. si ex falsis instrum. vel testimoniis judicatum sit:* inficias autem iri nequit, quio judex allegetione falsa, quod hæres esset, qui non erat, ad sententiam divisionis interponendam inductus sit; nihil vetat, quo minus hæres verus, errore comperto, adversus ee, quæ cum hærede falso per errorem gessit, dum vel provocavit eum ut hæredem, vel ab eo sese provocari passus est, restitutionem imploret, eaque impetrata, deinceps instituat indebiti condictionem, non tunc amplius ex infirmata per consequentiam re judicata impediendam: erg. *l. si soror* 8. *in fin. C. de collation.* Atque ita non adversatur, quod res judicata usque adeo pro veritate habenda sit, ut nec propter instrumenta noviter reperta rescindi possit: *l. cum de hoc* 27. *ff. de except. rei jud. l. Imperatores* 55. *ff. de re judicata: l. sub specie* 4. *C. eod. tit.* nec causa decisa velamento erroris instaurari: *l. error facti* 7. *C. de juris & facti ignor.* nec id, quod ea ex causa solutum est, repeti: *l. si fidejussor* 29. §. *in omnibus* 5. *ff. mandati:* (quibus motus, aliqoando scripsi, restitutionem denegandam esse.) Etenim, cum judex hoc in judicio inter verum & falsum hæredem dividit, aut edjudicationes rerum & in pretia condemnationes pro rata facit, non tam super eo judicat, an uterque hæres sit, quam potius definit, quæ res singulares, eut quæ rerum singularum partes, ex hæreditate unicuique, hoc judicio contendenti, ecquirendæ pro diviso sint, magisque supponit, quam sua sententia determinat, illos, inter quos judicium hoc cæptum est, cohæredes esse, dum nulli horum ab adversario contrarium in judicio objectum fuit. Quo modo etiam sententia arbitri, cujus meminit *d. l.* 56. *ff. h. t.* non contiuebat definitionem controversiæ, an uterque hoc agens judicio, vere hæres esset, nec ne; (qualis quæstio magis in hæreditatis petitione vertitur) sed tautum adjudicabat hæredi falso, quem verum putabat, pecunias velut pretia rerum hæredi vero edjodicatarum, quas & hæres verus hæredi falso solvebat, tanquem debitas vi condemnationis. Ac proinde, si postea verus hæres errore comperto restitui desideset, non adversus sententiam, circa adjudicationes tantum & condemnationes ant divisiones occupatam, auxilium implorat; sed tantum contra suum factum proprium erroneum, falsi scilicet cohæredis agnitionem, & divisorium judicium cum eo, qua tali, perperam susceptum. Ubi eutem ita contra suum factum erroneum restitutionem impetravit, necesse fuit, ut, licet contra rem judicatam, edjudicationibus & condemnationibus eut divisionibus constantem, restitutionis auxilium nec postulatum nec obtentum esset, tamen per consequentiam quandam sententia illa sponte corrueret; dum jam per & post

res-

restitutionem patebat, cohæredem non esse, qui talis credebatur, ac generaliter in jure probatum est, *nisi quis cohæres sit, neque adjudicari quicquam ei oportere, neque adversarium ei condemnandum esse*, teste Gajo in *l.* 1. *in fine ff. h. t.* & condemnationis verbum non tenere; nec condemnatum esse, nisi qui rite condemnatus est: *l. si se* 4. §. *condemnatum* 6. *ff. de re judicata:* ac propterea etiam ex eo tempore velut indebitum considerandum fuit, quicquid ex hujusmodi re judicata hæredi falso quæsitum erat; ideoque per indebiti condictionem merito repetendum. Neque id ipsum obscure in *d. l.* 36. indigitatum puto, ubi, cum Jurisconsultus sibi objectionem formasset, dicendo, *sed tu videris eo moveri, quod non est judicium familiæ erciscundæ, nisi inter cohæredes acceptum;* ipse respondens fatetur, *judicium non fuisse:* unde sequebatur, nec rem judicatam fuisse circa adjudicationes & condemnationes; nec falsum hæredem vi talis sententiæ pro vero fuisse habitum, aut talem effectum. Interim tamen ibidem subnectitur, *suffecisse ad impediendam repetitionem, quod quis se putet condemnatum*. Hoc est, ut opinor, suffecisse, quod verus hæres tempore condemnationis & solutionis in ea fuerit opinione, alterum vere cohæredem fuisse, atque ita inter se & falsum hæredem verum intercessisse familiæ erciscundæ judicium, ad id, ut impediretur repetitio per indebiti condictionem, de quo in *d. l.* 36. sermo erat. At postquam per restitutionem constitit, eum hæredem non esse, ac per consequens nec divisorium esse potuisse cum eo judicium, secundum *d. l.* 1. *in fine:* & *d. l.* 36. *ff. h. t.* & ad judicium, quod nullum erat, efficaces & rei judicatæ vim habituras sequi nequivisset adjudicationes ac condemnationes, nihil amplius obstabat, quo minus indebiti condictio contra falsum competeret hæredem, pro repetendis iis, quæ ei sine causa soluta erant, ac acquisita. Quæ omnia hactenus adducta eo minus in dubium revocanda videntur, quia similis plane, qualis in *d. l.* 56. *ff. h. t.* definitio circa rei judicatæ auctoritatem in fideicommissariæ hæreditatis restitutione invenitur: dum Mæcianus ait, *cum prætor, causa cognita, per errorem, vel etiam ambitiose juberet, hæreditatem ut ex fideicommisso restitui; etiam publice interest restitui, propter rerum judicatarum auctoritatem: l. servo invito* 65. §. *cum prætor* 2. *ff. ad Senatusc. Trebell.* adeoque ambitiosa illa aut erronea res judicata efficiebat quidem, ut restitutio sequi deberet, & per consequens multo magis impedire debebat condictionem indebiti respectu rerum jam vi sententiæ restitutarum. Neque tamen ideo illa judicati ambitiosi auctoritas tanti fuit habita, quin rescissionem suique infirmationem admittere potuerit atque debuerit; cum utique ambitiosa non decurionum modo, sed & consulum ac præsidum prætorumque decreta rescindi oportere, juris manifesti sit: *l. ambitiosa* 4. *ff. de decretis ab ordine faciendis:* junct. *l. denique* 3. *in pr. ff. de minor.* 25. *annis:* quo facto dubium nulli amplius esse potest, quin indebiti condictione repeti possent, quæ vi rei judicatæ, sic postmodum infirmatæ, indebite fuerant fideicommissario non vero restituta. Hæc autem tum demum obtinent, cum omnino ignoretur, eum, cum quo divisio facta est, cohæredem non esse. Nam si, cum verus hæres dubitaret, utrum alter hæres esset, nec ne, ad divisionem nihilominus cum eo procedere maluerit, quam litigare, atque ita super incerto juris sui transegerit cum falso hærede, nulla divisionis istius seu transactionis rescissio speranda foret: arg. *l. si non transactionis* 6. *C. de jur. & fact. ignor. l. Lucius Titius* 78. §. *ult. ff. ad Senatusc. Trebell.*

55 Quod si inter veros hæredes pro ea parte, qua hæredes erant, divisum sit, & tamen inæqualitas appareat, videndum, an dolo cohæredis plus justo capientis, an sine dolo ejus, solo errore quodam, inæqualitas contigerit. Si enim dolus intervenisse probetur, non dubitandum, quin id, quod inæqualiter factum est, ex natura judiciorum bonæ fidei in melius reformandum sit: *l. majoribus* 3. *C. commun. utriusque judicii:* non modo si enormis ultra dimidium læsio illata sit, sed & si minor; dummodo ejus quantitatis sit, ut ob eam etiam in stricti juris judiciis actio doli danda foret: arg. *l. si quis affirmavit:* 9. §. *ult. l.* 10. *&* 11. *ff. de dolo*. Si vero sine dolo, dum forte in rerum hæreditariarum pretiis erratum est, non aliter puto repetitam impetrari posse hæreditatis divisionem, quam si enormis, id est, ultra dimidium læsio probata fuerit. Cum enim non aliter venditio rescindenda sit: *l. rem majoris* 2. *C. de rescind. vendit.* ac divisiones vicem emptionis & permutationis obtinere placuerit: *l. si filia* 20. §. *si pater* 3. *ff. h. t. l. cum pater:* 77. §. *hæreditatem* 18. *ff. de legatis* 2. *l.* 1. *C. communia utr. judicii:* non aliud in iis, quam in emptionibus, circa læsionem servandum fuit. Etsi enim nullam *enormis* læsionis mentionem habeat *d. l.* 5. *C. commun. utriusque judic.* cujus auctores sunt Diocletianus & Maximianus; supplendum tamen illud est ex *d. l.* 2. *C. de rescindenda vendit.* quæ ab iisdem Imperatoribus profecta est. Confer libellum meum *de familia erciscunda cap.* 14. *n.* 8. *&* 9. ibique DD. utramque in partem citatos. Groenewegen ad *l.* 5. *C. commun. utr. judic.* Neque hoc in casu distinguendum videtur, utrum in judicio, an extra judicium divisio facta inæqualitate enormi laboret; cum æque judice superstite atque præsente, ac eodem non adhibito, in æstimandis rerum pretiis error committi possit, & sic enormis læsio contingere; quam emendari æquum & bonæ fidei judiciis conveniens est: arg. *l. si quidem* 11. *C. de prædiis & aliis reb. minor. l. si quos debitorum* 16. *C. de rescind. vend. l. duplex* 2. *C. de fide & jure hastæ fiscalis*. Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 16. *art.* 44. *n.* 13. & *vol.* 2. *decis.* 180. *n.* 5. Choppinus *ad leges Andium lib.* 5. *cap.* 1. *tit.* 2. *n.* 3. Wesembecius *paratit. ff. h. t. num. ult.* Quod enim in *d. l.* 3. *C. commun. utr. judicii* rescriptum est, majoribus etiam per dolum vel fraudem *vel perperam sine judicio* factis divisionibus solere subveniri; non eo pertinet, quasi sola extra judicium, non item in judicio per judicem, dolo vel perperam facta divisio rescindi posset: cum absurdum esset, jus dicentis auctoritatem præbere alterius circumveniendi licentiam, aut sub

cly-

clypeo prætoris quemquam decipi; & expeditum utique sit, etiam tunc, cum in judicio dolus intercessit, rata esse non oportere, quæ dolo gesta sunt, nec cuiquam suum dolum oportere prodesse: *l. si soror* 8. *C. de collation.* eo modo, quo transactio (quæ majorem habet auctoritatem quam res judicata: *l.* 2. *ff. de jurejur. l. non minorum* 20. *C. de transact.*) ob dolum adversarii rescissionem admittit *l. qui cum tutoribus* 9. *§. qui per fallaciam* 2. *ff. de transact. l. sub prætextu* 19. *C. eod.* quamvis in dubio a judiciis vis, metus, dolus, & alia similia, abesse præsumantur: sed potius verborum sensus est, quod & ea divisio, quæ dolo adversarii iniquitatem continet, & ea, quæ citra dolum adversarii læsionem infert, in melius reformanda sit, dum temere sine circumspectione ac judicio seu consilio satis deliberato, & non considerato satis rerum pretio, inæqualis pro rata inter cohæredes divisio facta est. Gothofredus in not. ad *d. l.* 3. Tametsi non desunt, quibus vulgata d. legis tertiæ displicet lectio, quique supposititium putant illud *sine judicio*, atque insuper varie a Triboniano mutatum esse legis sensum. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 16. n. 40. qui tamen in eo videtur calamo magis quam errore lapsus, quod in Codice Theodosiano legem illam 3. aliter legi scripsit; cum potius Gregoriano Codice comprehensa fuerit, si credamus auctori veteris consultationis, quam Cujacius suo præmisit libro consultationum; in qua Diocletianus & Maximianus Aureliæ Severæ in hæc verba rescripsisse dicuntur; *an divisio, quam jam factam esse proponis, convelli debeat, rector provinciæ, præsente parte diversa, diligenter examinabit, &, si fraudibus eam non caruisse perspexerit, quando etiam majoribus perperam factis divisionibus soleat subveniri, quod improbum atque inæqualiter factum esse constiterit, in melius reformabit.* Quæ si ita sint, de solis divisionibus dolo malo inæqualiter factis lex accipienda foret, sine distinctione, an sine judice, an vero judicis auctoritate, a communione recessum sit.

36 Posita vero enormi læsione, tunc in arbitrio ejus, qui plus justo ex divisione accepit, positum esse, utrum id quod deest cohæredi supplere velit, an de novo divisionem pati; & si rescissio facienda sit, illam fieri tantum respectu ejus, qui læsus est, non aliorum intuitu, qui læsi non sunt: nec rescissionem impediri ex eo, quod cohæredum aliquis rem quandam hæreditariam sibi adjudicatam jam distraxerit: probationem quoque læsionis enormis asserenti incumbere; ac inspiciendum esse in enormis læsionis quæstione tempus illud, quo divisio facta est: nec posse impetrari rescissionem ob enormem læsionem, si cohæredes vera noverint rerum pretia; nec regulariter, si sorte interveniente divisio facta sit; explicui plenius *d. libello de familia ercisc. cap.* 14.

37 Cumque remedium *legis* 2. *C. de rescind. vendit.* totis triginta annis duret, sive condictionem ex lege sive aliam actionem propterea comparatam statuamus, per rationes in *tit. de rescind. venditione* latius enarrandas, non est quod dubitetur; quin & adversus divisionem ob enormem læsionem sibi quisque totis triginta annis consulere queat, impetrata secundum mores hodiernos in integrum restitutione. Ant. Faber *Cod. lib.* 5. *tit.* 27. *defin.* 7. Pinellus ad *l.* 2. *C. de rescind. vendit. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 26. Grivellus *decis.* 127. *n.* 4. 7. 8. Wassenaar *pract. judic. cap.* 11. *n.* 124. *in fine.*

38 Quod si fiduciarius hæres, pendente fideicommissi conditione, cum cæteris cohæredibus ad divisionem processerit, non potest fideicommissarius post conditionis eventum novam petere hæreditatis divisionem, infirmata priore; sed ei, quæ per fiduciarium bona fide facta est, standum erit, sive in judicio sive extra judicium mutua cohæredum pactione patrimonium defuncti distributum sit; cum hac in parte lex non distinguat: *l. cum pater* 77. *§. hæreditatem* 18. *ff. de legatis* 2. *l. servos* 54. *ff. h. t.* Et sane, si rei communis pro parte dominus suam extraneo partem vendens, ac ante traditionem a consorte per communi dividundo judicium conventus, non dividere tantum, sed & licitando bona fide consortem vincere, remque totam ex adjudicatione acquirere possit, atque ea ratione sic emptori nocere, ut is, nisi totam rem adjudicatam suscipere paratus sit, nullam ex empto actionem habeat, imo & ex vendito ad eam in totum recipiendam compelli possit: *l. communi dividundo* 7. *§. si debitor* 13. *ff. communi dividundo:* ratio non occurrit, quo minus simile fiduciario jus asseratur. Conferuntque huc plura, quæ de transactione per fiduciarium facienda tradidi, *tit. de transaction. n.* 8.

39 Vidimus, quibus in casibus facta inter cohæredes divisio ad unius aut quorundam petitionem, invitis cæteris, per officium judicis infirmari possit, vel non. De cætero communi omnium cohæredum consensu ab ea, quæ vel per judicem, vel per privatam pactionem ad finem perducta fuit, recedi posse, nulla dubitatio est; cum juxta certa juris principia & contrariis conventionibus priores tolli possint, & quisque juri suo per divisiones aut adjudicationes judiciales quæsito renunciare. Illud obscurum magis est, an a divisione semel manifesto, veluti scriptis, celebrata, communi omnium consensu tacito recessum videatur, si cohæredes post eam longo tempore, quantum præscriptioni implendæ sufficit, perseveraverint in communi ac indivisa rerum hæreditariarum possessione? Divisioni renunciatum esse verius est. Cum enim separata temporis ad præscriptionem requisiti possessione rerum hæreditariarum censeatur facta inter cohæredes divisio, sic ut deinceps judicio familiæ erciscundæ locus non sit, sed quisque retineat quæ nomine proprio separata possedit, ut ante dictum; & nihil tam naturale sit, quam eo genere unumquodque dissolvi quo colligatum est: *l. nihil tam naturale* 35. *ff. de regulis juris:* consequens est, ut & ejusdem temporis lapsu communio credi debeat inter cohæredes reducta. Ant. Faber *Cod. lib.* 3. *tit.* 27. *defin.* 1. Mascardus *de probationibus conclus.* 527. *n.* 6.

40 Non potest autem cum hoc familiæ erciscundæ judicio concurrere crimen expilatæ hæreditatis, eo quod non animo expilandi, sed jure suo hæres præsumendus est hæreditatis res contrectasse, & indemnitati cohæredum cæterorum abunde per hoc judicium prospectum est: *l. adversus* 3. *C. h. t.*

junct.

junct. *l. merito* 51. *ff. pro socio: l.* 1. *C. de crimine expilatæ hæred.* Et, quod cum hæreditatis petitione concurrere possit eapilatæ hæreditatis actio, secundum *l. Divus* 5. *ff. expilatæ hæreditatis:* ejus illa ratio est, quod non veri hæredes hæreditatis petitione conveniendi sunt, sed illi tantum, qui pro hærede vel pro possessore possident, adeoque tales, qui nullo jure res hæreditarias tenebant & contrectabant; ac proinde, si dolo malo id agerent pro possessore possidentes, merito veris hæredibus in d. *l.* 5. electio data fuit, an ordinario petitionis remedio, an extraordinaria persecutione criminis expilatæ hæreditatis experiri mallent. Cum ex adverso non nisi inter veros hæredes, jure suo contrectare valentes, hoc divisorium judicium suscipiatur. Plane si cohæredem res hæreditarias ultra suam partem expilandi animo subduxisse evidenter probari possit, ratio non est, cur non æque adversus eum cæteris expilatæ hæreditatis actio competeret, ac socio contra socium actio furti datur pro rerum communium amotione, ubi doceri de eo potest furandi propositum, atque ita pelli præsumptio, qua quisque bonus credebatur, donec contrarium probatum esset: *l. si quis extraneus* 21. *pr. ff. de acquir. vel omittenda hæred. l. rei communis* 45. *l. merito* 51. *ff. pro socio*. Vide Wassenaar *pract. jud. cap.* 11. *n.* 18.

41 An vero cum hac familiæ erciscundæ actione concurrere ita possit actio negotiorum gestorum, ut eligere cohæres possit, utram malit adversus cohæredem experiri, ambiguum prorsus est. Communiter quidem interpretibus, quos videre contigit, placuisse animadverto, concursum non esse; sed si unus hæredum solus in solidum gesserit hæreditaria negotia dividua, solam dari negotiorum gestorum actionem: sin individua, solam hanc familiæ erciscundæ. Cujacius *lib.* 8. *ad Africanum ad l. pen. ff. de rebus creditis:* Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 37. Wissenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disput.* 22. *n.* 15. *ibique plures citati*. Ego vero, etsi inter negotia dividua & individua distinctionem probem, atque etiam in dividuis auctores illos recte sensisse deprehendam; in individuis tamen actionis familiæ erciscundæ vel communi dividundo concursum cum actione negotiorum gestorum a legibus admissum puto. Etenim de negotiis quidem dividuis in solidum ab uno gestis (veluti, si unus hæreditarias pecunias seu defuncto debitas, solus exigat) cautum invenio, *familiæ erciscundæ quidem actionem non competere cohæredibus, sed negotiorum gestorum dari debere: l. pen. in pr. ff. de rebus creditis*. Uti simili modo a Paulo scriptum est; *si communes ædes tecum habeam, & pro tua parte damni infecti vicino cavero, dicendum esse, quod præstitero, negotiorum gestorum actione potius, quam communi dividundo judicio posse me petere; quia potui partem meam ita defendere, ac socii partem defendere non cogerer: l. si communes* 40. *ff. de negot. gestis*. Cum quibus coinciddunt per Ulpianum tradita in *l. si quis* 6. *§. sive autem* 2. *ff. comm. divid. l. si quis* 31. *ff. de procuratoribus*. Quibus non adversatur *l. Mævius* 52. *§. servus* 1. *ff. h. t.* ubi familiæ erciscundæ actio videtur dari eodem in casu, in quo per Africanum in *d. l. pen. ff. de rebus creditis* denegabatur. Penitius enim legem illam objectam consideranti patebit, eam ad quæstionem præsentem haud pertinere; eo quod hic versamur in casu, quo cohæredum unus hæreditaria negotia solus gessit: nihil vero hæreditarium in *d. l.* 52. *§.* 1. gestum est, sed tantum penes servum, liberum & pro parte hæredem factum, resedit pecunia ex rerum dominicarum facta vivo domino administratione, quæ proinde pecunia, tanquam dominica, una cum cæteris domini rebus in hæreditate repertis per familiæ erciscundæ judicium dividenda fuit. Cujacius *ad Africanum lib.* 8. *ad d. l. pen. ff. de rebus creditis*. At de individuis (qualia sunt pignus luere, pretium rei per defunctum emptæ solvere, dum venditor rem velut jure pignoris pro pretio retinere potest) nuspiam legem invenio, satis aperte & generaliter dictantem, non dari tunc negotiorum gestorum actionem, uti quidem in casu priore negabatur, familiæ erciscundæ judicium competere: sed potius, uti multis legibus simpliciter actio familiæ erciscundæ vel communi dividundo in individuis gestis data proponitur: *l. fistulas* 78. *§. qui fundum* 2. *ff. de contrah. empt. l. his consequenter* 18. *§. ult. l. hæredes ejus* 25. *§. idem juris* 13. 14. 15. *ff. h. t. l. si quis* 6. *§. sive autem* 2. *ff. communi divid.* ita etiam verbis manifestissimis concursus actionis familiæ erciscundæ cum actione negotiorum gestorum probatur rescripto Imperatorum Severi & Antonini, cum ajunt; *sive pro fratre cohærede pecuniam solvisti, negotiorum gestorum actione experiri potes, sive pignoris liberandi gratia debitum universum solvere coactus es, actionem eandem habebis, vel judicio familiæ erciscundæ, si non est inter vos redditum, eam quantitatem assequeris: l.* 3. *C. de negotiis gestis*. Solam nempe negotiorum gestorum actionem dant Imperatores, ubi simplex debitum pecuniarium, quod dividuum est, a fratre in solidum solutum est; at ubi pignoris luendi gratia unus debitum totum, quod eo casu individuum est, ex necessitate solvere coactus fuit, utramque concedunt actionem, puta negotiorum gestorum & familiæ erciscundæ; ut proinde concursus fuerit duarum istarum actionum, ideoque solventi electio competat, utra malit experiri, nisi jam prius inter cohæredes familiæ erciscundæ judicium redditum fuisset; quippe quo casu secundum propriam naturam actionis familiæ erciscundæ, non nisi semel intentandæ, solum negotiorum gestorum judicium dandum foret. Et quia ex his omnibus manifestum erat, nihil per cohæredem unum supra suam partem hæreditariam expendi, quin illud vel actione negotiorum gestorum vel judicio familiæ erciscundæ recuperari posset, hinc optimo jure postmodum generaliter a Diocletiano & Maximiano definitum fuit, *in communi hæreditate ambiguum non esse, quin sumptus ab uno facti bona fide, familiæ erciscundæ judicio, vel negotiorum gestorum actione, servari possint: l. filiæ* 18. *§.* 1. *C. h. t.* Vanum autem effugium est, in *d. l.* 3. *C. de negot. gest.* actionem negotiorum gestorum in individuis gestis subsidiariam tantum esse, cum scilicet familiæ erciscundæ judicio

jam

jam actum est, adeoque amplius agi eo nequit. Primo etenim nullum in *d. l.* 3. aut alibi, iudicium est, actionem negotiorum gestorum esse subsidiariam actioni familiæ erciscundæ, & hac demum deficiente dari. Sed & secundo repugnat actionum in *d. l.* 3. propositarum servatus ordo; dum præmittitur de individuis gestis actio negotiorum gestorum, eique familiæ erciscundæ judicium subnectitur; cum potius negotiorum gestorum actio, si subsidiaria fuisset, ultimo debuisset poni loco. Denique, si quæ ob jam semel motum, nec iterato movendum, familiæ erciscundæ judicium actio subsidiaria esset, eam non negotiorum gestorum, sed communi dividundo actionem fore, Ulpianus docet *l. si filia* 20. §. *familiæ* 4. *ff. h. t.* Nec est, quod objiciatur, actioni negotiorum gestorum locum non esse, si quis non sponte sua, sed ex necessitate gesserit aliena: §. 1. *Instit. de obligat. quæ quasi ex contractu.* Cum in *d.* §. 1. gestor non alio sensu se negotiis alienis gerendis obtulisse dicatur, quam quatenus mandatum domini non erat interpositum. De cætero etiam tunc, cum ex necessitate quid gestum est, negotiorum gestorum actionem dari posse, patet ex *l. ait prætor* 3. §. *pen. ff. de neg. gestis* d. *l.* 3. & *l.* 18. *C. de negotiis gestis: l. liberto vel amico* 31. §. *ult. ff. de negot. gestis: l. arbor, quæ* 19. §. *si per eundem* 2. *ff. communi divid.* ut & ex eo, quod adversarii eam saltem in subsidium in individuis dari volunt. Non etiam adversatur *l. hæres* 25. §. *non tantum* 16. *ff. h. t.* ubi denegatur actio negotiorum gestorum, quia cohæres propter suam partem habuit causam gerendi. Etenim illic tantum intuitu præstationis culpæ levissimæ negotiorum actio non competere dicitur. Quæritur scilicet, qualem culpam cohæres cohæredi præstare debeat: cumque is, qui sponte ad aliena negotia gerenda accessit, ad levissimæ culpæ præstationem devinctus sit, definitur, hæredem non nisi de levi culpa teneri, quia incidit in communionem cum cohærede, & propter suam partem etiam cohæredis negotia tractat: ac, ne quis putaret, hæredem levissima cohæredis culpa læsum, quod una via per familiæ erciscundæ judicium consequi non potuit, alia via, actione negotiorum gestorum, consecuturum, quæ cum actione familiæ erciscundæ concurrere poterat, monet jurisconsultus, *ei* (id est hæredi læso) *actionem negotiorum gestorum non competere*, scilicet, de illa culpa levissima, contra cohæredem, qui culpa levissima rebus communibus læsionem intulerat. Non sane de alio, quam de culpæ præstatione, sermonem esse in *d.* §. 16. in aperto est. Quod si generalem actionis negotiorum gestorum exclusionem verbis illis significatam dicas, necesse fuerit, ut etiam in dividuis eam denegari statuas, cum sine distinctione lex loquatur; quod absurdum. Nititur vero distinctio superior, ac opinio de concursu actionis familiæ erciscundæ cum negotiorum gestorum judicio, ratione satis evidente: nam si quis solus in solidum gesserit communia sibi cum alio negotia dividua, non alio id animo fecisse videri potest, quam ut, tanquam cohæredis amicus, pro eo solvens, eundem negotiorum gestorum actione sibi redderet devinctum; dum qua hæres suam tantum partem gerere potuisset, neglecta aliena: *d. l. si communes* 40. *ff. de negotiis gestis.* At, cum individua solus in solidum gessit, potest in eo concipi animus gerendi ex amicitia cohæredis negotia, dum & dividua gerere solebat: sed & potuit hæc individua solus gessisse qua hæres, dum ab aliis dividuis gerendis abstinuit, nec aliam ob causam individua in solidum gessit, quam quia pro parte non potuit, ideoque propter suam partem in solidum debuit, hæreditaria negotia solus tractare. Quod autem a Paulo atque Pomponio dictum fuit, propter id, quod unus in viam communem solus impendit, ei adversus cæteros non dari actionem communi dividundo, seu *durius esse, ea agi, sed negotiorum gestorum agendum esse: l.* 19. §. 2. *ff. communi divid.* ejus ratio singularis hæc est, quod communi dividundo judicium sua natura pro rerum tantum corporalium divisione comparatum sit: *l. per hoc judicium* 4. *pr. ff. communi dividund.* non item pro divisione jurium, inter quæ etiam servitutes numerantur: *d. l.* 19. §. 4. *ff. communi divid.* idque, quia, uti Paulus ipse suggerit, *nulla communio juris separatim intelligi potest*, d. *l.* 19. §. 2. ut proinde nec divisio queat locum invenire. Unde factum, ut actor hoc casu electionem habere non potuerit, utrum negotiorum gestorum actione, an communi dividundo, experiri mallet, sed sola debuerit negotiorum gestorum actione contentus esse.

42 Superest, ut de foro competente hujus actionis paucis videamus: ubi ante omnia considerandum, ad unum eundemque judicem pro ventilando hoc divisorio judicio cohæredes omnes venire oportere; ne continentia causæ dividatur, neve, si diversos adirent judices, inexplicabiles inde orirentur difficultates, uno quidem judice rem Titio adjudicante, altero vero eandem Mævio assignante, vel sine adjudicationibus eam velut dividuam inter cohæredes pro rata dividente: *l.* 1. *ff. de quib. rebus ad eund. judicatur.* arg. *l. si idem* 11. §. *ult. ff. de jurisdict. l. nulli prorsus* 10. *C. de judiciis.* Ant. Faber *Cod. lib.* 3. *tit.* 25. *defin.* 3. Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 16. *art.* 48. *n.* 9. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 32. *n.* 3. 4. quod & a Quintiliano observatum, cum lib. 3. Instit. orator. cap. 10. ait; *privata quoque judicia sæpe unum judicem habere multis & diversis formulis solent; nec aliæ species erunt, etiamsi unus duntaxat a duobus eandem rem, atque ex eadem causa petet, aut duo ab uno, aut plures a pluribus, quod accidere in hæreditariis litibus interim scimus: quia, quamvis in multis personis, causa tamen una est; nisi si conditio personarum quæstiones variaverit.* Et quemadmodum universalis fideicommissi petitio fieri illic potest, ubi major sita est hæreditatis pars: *l. unic. C. ubi fideicommissum peti oport. l. si fideicommissum* 50. *ff. de judiciis:* ita quoque hæreditatis divisionem illic peti, ubi major rerum hæreditariarum pars sita est, vix ambigendum. Imo, uti inductiones hæredum in domum mortuariam fiunt per judices loci illius, ubi domus mortuaria est, quasi illic sita sit vel saltem esse fingatur major hæreditatis pars; sic ut ne pupilli quidem aut viduæ aliæque miserabiles personæ tunc secundum mores nostros suo fori

pri-

privilegio uti possint. Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 53. ita quoque in eodem domus mortuariæ loco actionem familiæ erciscundæ institui debere, licet forte cohæredes diversis in territoriis domicilium foveant, Hollandis Zelandisque placuit, *Nader provisioneel accoord tusschen Holland en Zeeland.* 11. *Junii* 1674. *art.* 14. Quod si hanc in loco domus mortuariæ agendi necessitatem leges municipales aut constans usus non imponant, ex generalibus juris fundamentis defendi potest, etiam in loco domicilii cohæredis illius, qui ad divisionem a cohærede provocandus est, familiæ erciscundæ judicium apud ordinarium aut privilegiatum vocati judicem moveri posse: tum, quia etiam hæreditatis petitionem in loco domicilii possessoris institui posse, receptum fuit: *l. unic. C. ubi de hæreditate agatur:* tum quia generalis regula est, actorem debere sequi forum rei: *l. juris* 2. *l. magisteriæ* 6. *C. de jurisdict. omn. judic.* adde *libellum meum de famil. ercisc. cap. ult.*

43 Quia autem hæreditatis divisio alienationis species est, & vicem emptionis obtinere divisionem rescriptum fuit: *l.* 1. *C. commun. utriusque judic.* dubium, an, & quando, tributo partis quadragesimæ pretii, ex venditionibus pendi secundum mores nostros solito, aut aliorum laudimiorum præstationi, pro factis divisionibus locus sit. In Hollandia definitum est, tunc quidem, cum parens superstes liberis suis certam assignat pecuniæ quantitatem, paternorum maternorumve bonorum vice, (*by generale uytkoop*) & sibi retinet immobilia aliaque huic tributo vulgo obnoxia, nihil oportere eo nomine fisco solvi: at si superstes conjux vel cohæredum unus alios defuncti hæredes, data per transactionem certa nummorum quantitate, dimittat, sibi servans & communia & propria conjugis defuncti bona, vel suas simul & cohæredum omnium partes, incumbere ei quadragesimæ solvendæ necessitatem pro ea parte, quæ alioquin sine transactione ex rebus hæreditariis tributo obnoxiis ad alios debuisset pervenire. *Placit. Ord. Holl. de nummo quadragesimo anno* 1624. *art.* 29. & *anno* 1671. 16. *April. art.* 20. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 1010. Quod & Saxonibus magna ex parte placere, patet ex iis, quæ habet Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 39. *def.* 23. 25. 26. Plane, si simpliciter inter plures cohæredes res hæreditariæ dividantur, tributo isti locus non est, etiamsi forte res quædam hæreditariæ minus dividuæ singulis adjudicatæ sint æstimatæ; si modo non universalis transactio intervenerit, per quam penes unum omnes remanerent hæreditariæ res. Responsa Juriscons. *Holl. part.* 3. *consil.* 178. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 39. *defin.* 23. 25. 26. Wassenaar *pract. jud. cap.* 11. *num. ult.*

TITULUS III.

Communi Dividundo.

SUMMARIA.

1 *Quid sit actio communi dividundo? quibus detur? an & dominis utilibus, fructuariis, bonæ fidei possessoribus, jus pignoris prætorii vel alterius generis habentibus? & quid si creditori bona fide licitanti tota res adjudicata sit?*

2 *An competat habentibus servitutem prædialem? An sociis contra socium, qui suam partem jam alienavit? an vi clam precario possidentibus aut depositariis? an uni reo debendi, qui totum solvit adversus alterum pro partis restitutione?*

3 *Tendit ad divisionem, vel adjudicationes rerum individuarum. Quid in iis servandum sit? petuntur & præstationes personales. Quales impensæ repeti possint? quid si impendens putet Titium esse socium, cum Mævius esset? quid si putet, rem esse suam cum esset communis? Quid si impenderit, antequam res et cum alio communis esset? quid si post impendia suam partem alienaverit?*

4 *An socius ad edictum non respondens, teneatur socio, si propterea magistratus ædes sociorum communes dejecerit? ad explicationem* l. 20. ff. h. t.

5 *Cessat in arbore vel lapide in confinio positis, ac nondum exemptis; si convenerit ne ad tempus a communione discedatur; item in vestibulo communi, mediano cœnaculi, plurium cellarum itinere communi, puteo communi, si unus sociorum repugnet.*

6 *Non cessat, si semel eo actum sit, nec si socii rem totis triginta annis communiter possederint, secus si separatim.*

7 *Socius invito socio nihil novi facere potest in re communi. Quid juris, si fecerit vel fieri passus sit? Pendente hoc judicio non potest suam partem alienare, numquam ultra suam partem, licet major sociorum pars in totius rei consentiret venditionem; nisi res communes promercales sint, quas in totum vendere potest.*

8 *Si dissensus sociorum sit, utrum res communis, vel cui elocanda sit; vel si unus sociorum tantam mercedem offerat, quantam extraneus, quid juris sit?*

1 Actio communi dividundo est mixta, duplex, bonæ fidei, qua rem titulo plerumque particulari communem habentes, petunt eam dividi, & præstari præstationes personales. Quod judicium, cum pleraque habeat cum priore familiæ erciscundæ communia: *l. si quis putans* 6. *§. pen. ff. h. t.* facilioris explicationis est. Competit scilicet illis, qui rem pro indiviso communem habent: sive cum societate, sive sine societate res inter eos communis sit: *l. nihil autem* 2. *ff. h. t.* sive possideant, sive neuter eorum vel alter solus in possessione sit: *l. pen. ff. h. t.* sive ex eodem, sive diverso ex jure dominium habeant commune, alter forte institutionis titulo, alter legati: *l. & si non* 8. *§. si incertum* 1. *ff. h. t.* sive directi sint domini, sive utiles, vectigalem forte fundum communiter possidentes, dummodo caveant, ne vectigalis præstatio divi-

datur: *l. communi dividundo* 7. *pr. ff. h. t.* aut superficiarii: *l.* 1. §. *pen. ff. de superficiebus*: hactenus saltem, ut utile vel quasi communi dividundo judicium sit: *d. l.* 7. §. *sed & si* 7. & §. *cum de usufructu* 10. *ff. h. t. l. si cujus rei* 13. §. *sed si inter* 3. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* sive bonæ fidei possessores Publicianam ex ficti seu prætorii dominii jure habentes: *d. l.* 7. §. *qui in rem* 2. *ff. h. t.* sive creditores jus pignoris habentes ex missione in possessionem: *d. l.* 7. §. *item si duo* 8. *ff. h. t.* Aliis hypothecariis creditoribus, quibus forte per debitorem pars rei, ipsi cum alio pro indiviso communis, obligata est, contra extraneum non datur: licet eo casu, quo duo simul pignus acceperunt, judicium utile communi dividundo inter eos esse possit: *d. l.* 7. §. *si duo* 6. & §. *inter eos* 12. *ff. h. t.* atque etiam a debitoris sui condomino possint ad rei, sibi pro parte indivisa obligatæ, divisionem provocari; usque adeo, ut & totius rei adjudicationem, creditori bona fide licitanti factam, debitor teneatur ratam habere, quoties non satis commodam res recipit divisionem, ac propterea ad adjudicationem deveniendum fuit: *d. l.* 7. §. *si debitor* 13. *ff. h. t.* quod enim creditor ita egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset: *l. si pignori* 29. *in fine ff. famil. ercisc.*

2 Illis autem, qui prædialem servitutem prædio suo communi constitutam communiter habent, hoc judicium non accommodatur: *l. arbor.* 19. §. *si per eundem* 2. *ff. h. t.* Adde *tit. præced. num* 41. *in fine:* etsi pro dividundo servitutis exercitio utiliter competat, ad id, ut vel mensura vel temporibus usus ejus dividatur, quoties pluribus per locum eundem servitus constituta est; quo casu non tam servitus una dividitur, quam potius duæ pluresve per eundem locum competentes, a se invicem usu discernuntur: *d. l.* 19. §. *ult. ff. h. t. l. Lucio Titio* 4. *ff. de aqua quot. & æstiva.* Sed nec sociis reliquis adversus eum datur, qui suam partem jam alienavit; sed potius adversus eum, in quem alienatio facta est: *l.* 1. *C. h. t.* etsi socius id dolo malo judicii mutandi causa fecisset; quippe quo casu magis actione in factum prætoria ad id quod interest conveniendus foret: (de qua latius *libr.* 4. *tit.* 7.) *l. communis servus:* 24. *ff. h. t.* Plane si ante alienationem jam cœperit præstationum personalium intuitu reliquis devinctus esse, directum quidem judicium esse non potuit, quia a communione per alienationes discessum fuit; utili tamen judicio locus est; quod de præstationibus personalibus etiam competit, postquam res desiit communis esse: *l. si quis putans* 6. §. *quare* 1. *ff. h. t.* Similiter nec illis, aut contra illos, qui rem vi clam aut precario possident, hoc judicium permittendum est, nec depositariis aut colonis, nec prædonibus dandum; eo quod hujusmodi possessiones aut detentiones sufficientes non sunt ad hoc judicium constituendum: *l. communi dividundo* 7. §. *inter prædones* 4. §. 5. & §. *neque colonis* 11. *ff. h. t.* Denique correo debendi, debitum universum exsolventi, neque hanc communi dividundo neque ullam actionem aliam pro recuperanda soluti parte dimidia competere, verius est: cum neque aliud solverit, quam quod ipse debebat, neque alterius sed sui liberandi causa stipulanti satisfecerit; utut alter debendi reus ista solutione liberationis quoque senserit emolumentum: arg. §. 1. *Inst. de duob. reis: l. cum duo* 2. *ff. eod. tit.* Ant. Faber *Conjectur. libr.* 11. *cap.* 8. sed de hoc plenius *ad tit. de duobus reis.*

3 Petitur hac actione, ut fiat rerum ex honesta causa communium divisio; cum rei turpis nulla societas, communio nulla sit: *l. communi dividundo* 7. §. *inter prædones* 4. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. §. *plane* 14. *ff. de tutelæ & ration. distrah. l. quod autem* 53. & *seqq. ff. pro socio.* Si dividi commode nequeant, æque hic, ac in superioribus judiciis divisoriis, adjudicatione res expedienda est, servatis illis quæ tit. præced. de adjudicatione plenius sunt tradita: dummodo meminerimus, in rebus dividendis judicem id, quod omnibus utilissimum est, vel quod malint litigatores, sequi oportere: *l. judicem* 21. *ff. h. t.* arg. *l. actione* 6. §. *Labeo* 5. *ff. pro socio:* &, si sociorum unus fundum habeat proprium fundo communi adjacentem, æquius esse, ut fundi communis pars ea, quæ proprio socii unius fundo contigua est, eidem cedat, altera socio fundum communem non habenti adjudicetur: arg. *l. quicunque* 7. *fere in fine C. de omni agro deserto:* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 85. *num.* 18. Confer Grotium *manud. ad jurispr. Holland. libr.* 3. *cap.* 28. *num.* 13. & *seqq.* ubi varios pro more regionum modos proponit, per quos a communione rerum non satis dividuarum communione discedi potest. Veniunt quoque in hoc judicium præstationes personales, dum alter sociorum damnum dolo lata vel levi culpa dedit in re communi, vel socii reliquis impedimento fuit, quo minus illi id agerent, quod ad rei communis spectabat conservationem: arg. *l. si ædes* 12. *ff. h. t.* ut &, dum alter sociorum solus fructus percepit, aut impensas fecit: *l. per hoc judicium* 4. §. *sicut autem* 3. *ff. h. t.* §. *item si inter* 3. *inst. de oblig. quæ quasi ex contractu: l. pen. C. h. t.* vel etiam facturus est, dum forte rei communis nomine solus in solidum jam condemnatus est: *l. socius* 13. *ff. h. t.* si modo necessario, vel saltem utiliter, in rem communem erogatum vel erogandum sit; nam si voluptatis causa sumptus factus sit, aut eum fieri non interfuerit alterius socii, repetitio ejus concedenda non est: *l. si quis putans* 6. §. *ult. ff. h. t.* arg. *l. sed an ultro* 10. §. *ult. in fine: l. si quis negotia* 23. *ff. de negot. gestis.* Quod si impenderit in rem, quam sibi putabat cum Titio communem esse, cum illa ei esset communis cum Mævio, error ille non impedit, quo minus adversus Mævium pro recuperanda impensarum parte utili hoc judicio experiatur: sufficit enim, si sciat, rem sibi cum alio communem esse, etsi ignoret, cujus socii sit; quia rem propriam magis tueri, quam socii negotia gerere intelligitur; & magis ex re, in quam impenditur, quam ex persona socii, actio nascitur, dum saltem id egit impendens, ut aliquem rei communis intuitu sibi redderet obligatum: *l. si quis putans* 6. *pr. l. in hoc judicium* 14. §. 1. *in med. l. si quis, cum* 29. *ff. h. t.* Diversa causa est ejus, qui putat, se in rem propriam impendere, cum sit communis: huic enim nec communi dividundo

do judicium competit, nec utile dandum est; quia non hoc fuit animo, ut aliquem sibi obligaret, ubi quasi in rem suam impendit: sic ut nihil ei supersit, quam ut, tanquam alienæ rei bona fide possessor, retentione sibi consulat, donec impensæ pro rata restitutæ sint: *d. l.* 14. §. 1. *d. l.* 29. *in fine principii ff. h. t.* Sed & si quis in rem impensas fecerit (vel fructus perceperit) antequam communis esset, actioni huic locus non est, dum forte damni infecti nomine in possessionem ex primo decreto missus una cum alio vicino, necdum tamen possidere jussus ex secundo decreto, insulam fulsit ruinosam: *l. per hoc judicium* 4. §. *pen. & ult. ff. h. t.* sed magis negotiorum gestorum actio danda foret; qualis etiam tunc competit, cum is, *qui* communione durante impendit, postea suam partem alienavit: *l. in hoc judicium* 14. §. 1. *in fine ff. h. t.*

4 Cæterum occasione præstationum personalium, ac præcipue damni per unum sociorum dati, excutiendus videtur sensus legis 20. *ff. h. t.* ubi Pomponius ait; *si is, cum quo fundum communem habes, ad delictum (vel ad edictum) non respondit, & ob id motu judicis villa diruta est, aut arbusta succisa sunt, præstabitur tibi detrimentum judicio communi dividundo; quicquid enim culpa socii amissum est, eo judicio continetur.* Quam ut planum reddat Bævardus, in ea pro verbis *motu judicis*, legendum putat *magistratus imperio:* quasi non motu judicis sed magis jussu magistratus in criminibus atrocioribus delinquentium ædes diruerentur: *lib.* 1. *variorum cap.* 7. At sine ulla vel codicum auctoritate vel juris necessitate. Esto enim, quod quandoque magistratus imperio domus convictorum gravissimi criminis reorum destructæ fuerint; sufficiens tamen emendationis ratio non est. *Motu* scilicet id est *impetu* non rationali (quem a judicibus abesse debere, Callistratus monuit, eodem usus *motus* vocabulo: *l. observandum* 19. §. 1. *ff. de offic. præsid.*) ideoque sine ulla causa legitima, judex diruerat villam ejus, qui ad edictum non respondens contumacem se gesserat; cum ergo damnum tale nullo jure illatum esset per judicem villæ communi, dubitabatur, an is, qui ad edictum non responderat, teneretur socio damnum reparare: ac definitur, detrimentum socio per hoc communi dividundo judicium præstandum esse; addita ratione, quia, *quicquid culpa socii amissum est, eo judicio continetur.* Etsi enim impetus ille judicis, villam diruentis ob contumaciam aut arbores succidentis, injustus fuerit, ideoque, si non dolo at saltem culpæ judicis accensendus, tamen quia prima culpa, seu contumacia socii, damno isti per judicem dato causam præbuit seu occasionem, iniquum videri non potuit, hunc socium alteri ad indemnitatem damnari: verum enim erat, ædes aut arbores istas culpa socii contumacis amissas esse, nec socios reliquos eo damno, quod ex unius socii contumacia descendit, oportere gravari: *l. cum duobus* 52. §. *ult. ff. pro socio.* Sic ut hæc species facti sit non absimilis ei, quæ proponitur in *l. lectos* 12. *l.* 13. & 14. *ff. de peric. & commodo rei venditæ:* ubi, cum ædilis lectos venditos, ac per venditorem in vie publica positos, nullo jure concidisset, sic ut lege Aquilia teneretur; tamen cum venditore de damno isto agi potuit per emptorem, eo quod venditoris culpa erat, lectos venditos in vie publica posuisse, circa quos ex natura contractus levem tenebatur culpam præstare; nec excusabatur ex eo, quod id ædilis non jure fecisset; cum sufficeret, venditorem culpa sua præcedente dedisse facto ædilis illicito occasionem. Novum utique non est, ipsos quoque judices ac magistratus sua abuti potestate, ac vel magistratus sui fiducia atque obtentu, vel aliter contra bonos mores per injuriam illos lædere, quos adversus læsionem omnem atque concussionem injuriosam debuissent tueri: *l. nec magistratibus* 32. *ff. de injuriis: l. continet* 3. *in fine ff. quod metus causa.*

5 Cessat hæc actio communi dividundo in arbore, quæ in confinio nata est, & lapide qui per utrumque fundum extenditur, quamdiu necdum lapis exemptus, aut arbor eruta est, sed fundo cohæret: *l. arbor* 19. *ff. h. t.* Vel si convenerit, ne intra certum tempus a communione discedatur: non item, si id actum sit, ut perpetuo duret communio, ut dictum latius tit. præced. *l. in hoc judicium* 14. §. *pen. & ult. ff. h. t.* Ut tamen de re quadam singulari quandoque conventio sustineatur, ne unquam illa in communi dividundo judicium veniat, quoties scilicet apparet neque separatas rei communis partes sociis singulis utiles esse posse, neque sine notabili reliquorum sociorum dispendio rem totam uni posse adjudicari: quod accidit in vestibulo communi binarium ædium (cui simile, si non idem, medianum cœnaculi, vel commune & promiscuum plurium cellarum iter: *l. quis sit fugitivus* 17. §. *apud Cælium* 15. *ff. de ædil. edicto: l. si vero* 5. §. *interdum* 2. *ff. de his qui effud. vel dejec.* (de quo placuit, arbitrum communi dividundo utrolibet invito dari non debere, quia, qui de vestibulo liceri cogitur, necesse habet interdum totarum ædium pretium facere, si alias aditum non habet: *l. arbor* 19. §. *de vestibulo:* 1. *ff. h. t.* idemque juris est in puteo communi, si solum ejus commune non sit, id est, si nulla fundi, in quo puteus est, seu putei solius communio sit: *l. per hoc* 4. §. *de puteo* 1. *ff. h. t.* Et de tali vestibulo, puteo, similibusque rebus accipiendum puto, quod ab Ulpiano traditum est, in judicium communi dividundo omnes res venire, *nisi si quid fuerit ex communi consensu exceptum nominatim, ne veniat, l. in judicium* 13. *ff. h. t.*

6 Non tamen denegandum hoc judicium ob id, quod semel eo actum sit, cum non ita sit universale, atque quidem familiæ erciscundæ actio, ac proinde nihil vetet, de non divisis iterum illud inter eosdem exerceri: *l. per hoc* 4. §. *hoc judicium* 2. *ff. h. t.* Neque etiam cessat ex eo, quod forte triginta annis aut tempore longiore socii rem communiter possederint; secus si separatim. Vide tit. *præced. num.* 33.

7 Invito autem uno socio nihil novi per alterum potest fieri in re communi, meliorque prohibentis conditio est; adeo ut, si quid novi per alterum socium invito altero factum sit, aut fieri mandatum, is cogi possit ad id in pristinum statum restituendum. Quod si, extraneo quid novi faciente, sociorum

rum alter id passus sit, cum prohibere posset, nec tamen mandaverit, opus quidem destruere non compellitur, sed hoc judicio conveniri potest ad damni inde dati reparationem: *l. Sabinus* 28. *ff. h. t.* Caspar Manzius *de muro communi num.* 64. *& seqq.* Quin tamen socius invito socio de sua possit parte disponere, eamque etiam extraneo vendere, donare, nequaquam dubium; eo excepto, quod post cœptum hoc inter socios judicium nullus sociorum invitis cæteris portionem possit in extraneum transferre: *l.* 1. 2. *C. h. t. l. nemo* 68. *ff. pro socio*, nisi forte jus illud iterum dicamus abrogatum per *l. dudum proximis* 14. *C. de contrah. em.* Vide *tit. de lege commissoria num.* 13. Sociorum reliquorum partes si una cum sua parte distraxerit, nihil iis præjudicat, nec dominium partium ad cæteros pertinentium in emptorem transfert sine eorum voluntate, licet totorum bonorum socii essent: *l. nemo ex sociis* 68. *ff. pro socio*, etiamsi major sociorum pars domum fundumve communem divendere vellet; sed tantum partes consentientium, non item dissentientium, emptori cederent, ne sine facto suo dissentientes suo cadant dominii jure, contra *l. id, quod nostrum* 11. *ff. de reg. juris*. Nisi res promercales essent, ea scilicet mente emptæ, ut rursus vendantur; tunc enim unus eas in solidum recte distrahit, cum ita nihil novi fiat contra primam sociorum intentionem, ac mandatum de eo agendo jam tum ab initio credatur interpositum; eo modo, quo & in commune sepulchrum inferre mortuum socius unus reliquis invitis potest, quasi id fiat ex voluntate sociorum ab initio declarata: §. *religiosum*: 9. *Inst. de rer. divis.* Hect. Felicius *de societate cap.* 28. *n.* 58. *& seqq.* Ant. Matthæus *de oblig. disp.* 23. *n.* 16.

8. Quod si circa ædium aut prædiorum aut rerum aliarum communium elocationem inter socios dissensus sit, quibusdam volentibus, aliis nolentibus elocare; magis est, ut totius rei locatio facienda sit, quoties usus ejus per partes dividi commode non potest; præsertim si talis sit, quam elocari insolitum non est. Menochius *de arbitrar. jud. lib.* 2. *casu* 442. *n.* 2. Hect. Felicius *de societate*, *cap.* 28. *n.* 29. *& seqq.* Si tamen sociorum unus totius rei usum tanta mercede sibi habere velit, quanta per extraneum offertur; eum isto in casu præferri extraneo æquum est; quod & statutis quibusdam nominatim cautum; Mechliniens. *tit.* 8. *art.* 5. ibique Christinæus. Menochius *d. casu* 442. *n.* 14. *& seqq.* ubi simul toto illo casu pluribus exsequitur, quid obtineat, si in eligenda conductoris persona inter socios dissensus sit, aliaque his affinia. Adde Joh. Papon. *lib.* 15. *tit.* 2. *art.* 16. *post med.* Hect. Felicium *de societate cap.* 28. *n.* 29. *& seqq. usque ad finem*. Hug. Grotium *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 3. *cap.* 28. *n.* 7. 8. 9. Wassenaar *pract. judic. cap.* 7. *n.* 47. *& seqq.*

9. Qua porro ratione pascuorum ad plures pro indiviso pertinentium, usus secundum Rhenolandiæ consuetudines, immisso pro rata pecorum numero, dividatur, & quæ pecora tunc immitti possint, vide apud Grotium *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 28. *n.* 9. a qua tamen usus dividendi ratione procul dubio ex sociorum voluntate recedi potest, ac inter duos fundum communem habentes id agi, ut alternis singuli annis fruantur; quo casu si unus consulto fructus corruperit, aut ne anno sequenti nascerentur effecerit, actioni locati conducti locus est, quoties id actum, ut certa merces non fruenti per fruentem præstetur, atque ita locatio intercesserit: *l. & hæc distinctio* 35. §. 1. *ff. locati*: actioni vero præscriptis verbis vel communi dividundo, si nulla mercedis constitutio facta sit: *l. si convenerit* 23. *ff. h. t.*

TITULUS IV.

Ad exhibendum.

SUMMARIA.

1 *Quid sit actio ad exhibendum, & quibus competat; quibus denegetur, dum vel alia juris remedia iis sufficiunt, vel omni juris remedio indigni videntur?*

2 *Qui hac experitur actione, dicere debet notas rei, ac probare, sua interesse.*

3 *Datur contra possessores & detentores; quid juris, si dolo aut culpa possidere desierint ante vel post litem contestatam? quid si casu?*

4 *Petitur exhibitio rei cum accessionibus: exhibenda res in eadem causa; quid si exhibeatur usucapta? quid si mutata ratione formæ? quid si deteriorata?*

5 *Dilatio ad exhibendum quandoque a judice datur. Quid juris si reus contumaciter nolit, vel dolo non possit exhibere?*

6 *Recensentur aliæ actiones, quibus exhibitio peti potest. Quis usus hodie sit actionis ad exhibendum?*

1 Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agit, experiundi sit copia: *l.* 2. *ff. h. t.* cum enim fieri nequeat rei vindicatio, nisi appareat ac demonstretur res, quæ petitur, necesse fuit, hanc ad exhibendum intentari actionem, quoties res ab aliquo detinetur occultata, aut alteri juncta rei, si modo separatio jure peti possit. Ut proinde non principalis, sed præparatoria sit; & maxime quidem ob rei vindicationes inducta: *l.* 1. *l. gemma* 6. *ff. h. t. l. quod legatur* 58. *ff. de judiciis*: adeo ut ei, cui mandata est rei vindicatio, etiam ad exhibendum actio mandata censeatur: *l. ad rem mobilem* 56. *ff. de procurat.* Est autem personalis, in rem tamen scripta, perpetua, arbitraria: *l. in hac actione* 3. §. *est autem* 3. *ff. h. t.* §. *præterea* 31. *Inst. de action.* in solis mobilibus locum habens; (cum immobilia semet ipsa satis exhibeant, nec facile latere possint: *l.* 2. *in pr. vers. sed ubi C. quando & quib. quarta pars deb. ex bon. decurion.*) & competens omnibus quorum interest peculiariter: d. *l.* 3. §. *sciendum* 9. *l. si liber homo* 13. *ff. h. t.* (non præcise pecuniarie: arg. *l.* 2. *C. h. t. l. de eo exhib.* 12. *l. ult. ff. h. t.*) ex honesta, justa & probabili causa: *l. in hac actione*

3.

3. §. *si mecum* 11. *l. pen. ff. h. t.* & ex jure in re; licet postea neque rei vindicatione neque ulla in rem, sed personali actione, experiri velint. Cum enim multæ sint causæ ad exhibendum agendi: *d. l.* 3. §. 1. *ff. h. t.* non illis tantum datur, qui rem suam asserentes eandem ex jure dominii vindicare cupiunt; sed &, si possessionem suam esse contendentes, eam persequi velint Publiciana in rem actione; aut ut sibi pigoratam hypothecaria petere; aut confessoria, dum sibi usumfructum in ea quæsitum ajunt: *l. in hac actione* 3. §. *est autem* 3. 4. & §. *Pomponius* 12. *ff. h. t.* aut servum optare, ubi relictum est optionis legatum; etsi Mævio legatum proponeretur, quod Titius optasset, aut ex rebus apud tertium depositis optio facienda esset: *l. si tibi* 8. §. *ult. ff. de opt. vel elect. legata: l.* 3. §. *item* 6. & §. *plus dicit* 10. *l. de eo* 12. §. *sæpius* 2. *in fine ff. h. t.* Quin & furti agere volentibus hæc actio utilis est: *d. l.* 12. §. 2. *ff. h. t.* aut interdicto, velut *utrubi*, experturis: *d. l.* 3. §. *sed &* 5. *ff. h. t.* aut noxali judicio: *d. l.* 3. §. *si qui noxali* 7. *ff. h. t.* etsi hæ tres actiones in personam sint, & illis etiam quandoque accommodentur, qui non habent ullam speciem juris in re, puta dominii, possessionis, servitutis, pignoris aut hæreditatis; ut suis locis patebit. Non tamen datur hæc actio legatariis (contra quam est in hæredibus) si testamenti tabulas, vel codicillos, vel quid aliud ad testamenta pertinens, exhiberi velint; cum sufficiant ipsis interdicta in hanc rem competentia: *d. l.* 3. §. *si quis extra* 8. *ff. h. t.* nec ei, qui liberum hominem ab alio detentum exhiberi cupit; cum & hic interdictum de libero homine exhibendo sufficere videatur: *l. si liber* 13. *ff. h. t.* nisi de eo exhibendo quæstio sit, quem quis in libertatem vindicare vult: *l. de eo* 12. *in pr. ff. h. t.* eo quod tunc interdictum denegatur: *l. quod & lex* 3. §. *plane* 7. *ff. de hom. libero exhib.* Nec adversatur, quod hac actione etiam peti possit exhibitio glandis alienæ in area cadentis; & tamen interdictum competat de glande legenda: *l. Julianus* 9. §. *glans.* 1. *ff. h. t.* cum penitius consideranti patescat, interdicto non de glande exhibenda, sed unoquoque triduo legenda agi; aliud autem sit colligere glandem, quod fit per glandis dominum; aliud, eandem exhibere, quod fit per vicinum. Longe minus illis competit, qui dolo malo rem possidere desierunt, quive, cum furto rem subduxissent, amiserunt possessionem ejus: *d. l.* 3. §. *si mecum* 11. *ff. h. t.*

2 Ut vero recte actor hic agat, necesse est, ut omnia noscat ac dicat argumenta rei de qua agitur; id est, notas ac qualitates, quibus res a re alia distinguitur: *l. in hac actione* 3. *princ. ff. h. t.* ac ejus intersit rem exhiberi tempore utroque, tum litis contestatæ, tum rei judicatæ: *l. tigni* 7. §. *ult. ff. h. t.* judicique de eo constet per adhibitam summariam causæ cognitionem, ad principale judicium rejectis illis, quæ altiorem desiderant indaginem: judex namque interim exhibitionem fieri haud difficulter injungit, cum ea exhibenti non sit gravis aut damnosa, si actor deinde principali in negotio probando deficiat: *d. l.* 3. §. *sciendum* 9. & §. *ibidem* 13. *ff. h. t.* Quod si plurium intersit vel ex eadem vel diversis ex causis rem exhiberi, singulis pro suo jure ad exhibendum experiundi potestas est: *d. l.* 3. §. *Pomponius* 12. *ff. h. t.*

3 Convenitur hac actione quivis possessor aut etiam detentor rei: *d. l.* 3. §. *ult. l.* 4. *l.* 5. *ff. h. t.* ut & illi, quorum in solo aliquid positum est, cum aut collapsum, aut vi fluminis delatum, aut rutum, aut cæsum, aut defossum fuisset; cujus exempla sunt in *l. Celsus* 5. §. 2. 3. 4. 5. *l. Julianus* 9. §. *glans* 1. *l. thesauris* 15. *ff. h. t.* Hi quoque, quorum rebus res aliena juncta aut inclusa est, quoties natura vel jure separatio atque exemptio impedita non est: *l. gemma* 6. *l. tigni* 7. §. 1. & 2. *ff. h. t.* nec interest, utrum a singulari persona res possideatur aut detineatur; an vero a collegio, veluti municipio: *d. l. tigni* 7. §. *item municipes* 3. *ff. h. t.* Si modo hi omnes tempore rei judicatæ possideant: *d. l.* 7. §. *si quis non* 4. *ff. h. t.* vel desierint dolo possidere: *l. Celsus* 5. §. *idem Julianus* 2. *l. Julianus* 9. §. *Marcellus* 4. *l. si vir* 14. *ff. h. t.* quo casu & hæredes eorum, qui dolo possidere desierunt, conveniri possunt, quatenus saltem facti sunt ex defuncti dolo locupletiores, pretium forte rei habentes: *l. de eo* 12. §. *ult. ff. h. t.* Quid, quod & illi quandoque hac tenentur actione, qui sine dolo suo possidere desierunt pendente lite: etsi enim plerumque eos absolvi tunc oportere responsum sit: *l. tigni* 7. §. *si quis*, *cum* 5. *ff. h. t.* tamen si tali casu rem lite pendente periisse constiterit, quo peritura non fuisset, si, cum primum lis acciperetur, fuisset exhibita, condemnationem fieri in id quod interest, æquum fuit: *l. de eo* 12. §. *si post* 4. *ff. h. t.*

4 Tendit hæc actio ad id, ut res exhibeatur; quæ tamen exhibitio subinde restitutionem in se habet, quatenus exhibens post factam exhibitionem quandoque cedit, nec principali judicio audet contendere, causæ suæ diffidens, eoque sensu causa petitori in hac actione restitui dicitur: *l. Julianus* 9. §. *pen. ff. h. t.* Exhibenda autem res est cum omni sua causa, id est, fœtu, partu, fructibus, accessionibus, & omni utilitate, si quæ amissa sit ob hoc, quod aut non exhibita fuerit, aut tardius exhibita: *d. l.* 9. §. *pen. & ult. ff. h. t.* etiam in eadem causa, in qua fuit, cum primum judicium hoc acciperetur; ut quis copiam rei habens possit exsequi, actione, quam destinavit, in nullo læsa: *d. l.* 9. §. *quantum autem* 5. *ff. h. t.* ideoque, si inter moras exhibendi usucapta sit res a possessore, aut, cum optio intra certum tempus data esset, judicium in id tempus extractum sit, quo frustra exhibetur, utilitas petitoris, quæ lapsu temporis interierat, conservatur, &, quasi non facta exhibitione, condemnatio sequitur; nisi reus conventus adhuc paratus sit principale judicium, quod peremptum erat, aut optionem, pati: *d. l.* 9. §. *proinde* 6. *l. si optione* 10. *ff. h. t.* §. *si ad exhibendum* 3. *Instit. de offic. judicis.* Idemque dicendum, si res, de cujus exhibitione agitur, medio tempore in aliud corpus aliamve speciem translata sit, veluti si ex scypho petito massa sit facta: cum mutata forma prope interimat substantiam rei: *d. l.* 9. §. *sed si quis* 3. *ff. h. t.* Contra, quam obtinet, si simpliciter deteriora-

ta

ta exhibeatur, forma manente, dum homo exhibetur, sed eluscatus aut debilitatus; tunc enim, quia ita facta est exhibitio, ut impedita non sit directa actio, veluti vindicatio aut similis, tantum judicio ex lege Aquilia descendenti locus erit, cessante hac ad exhibendum actione: *l. si quis hominem* 17. *ff. h. t. l. exhibitionis* 7. *C. h. t.* licet alioquin in principalibus judiciis, veluti commodati, depositi, rei vindicatione, restituisse non videatur, qui rem deterioratam restituit, nisi id quod interest addatur: *l. sed mihi* 5. §. 1. *ff. commodati l.* 1. §. *si res deposita* 16. *ff. depositi: l. non solum autem* 15. *ff. de rei vindicat.*

5 Si res, de qua exhibenda agitur, in præsenti exhiberi nequeat, dum alio forte in loco est, cautio de re intra modicum temporis spatium arbitrio judicis definitum exhibenda admittitur: *d.* §. 8. *Instit. de offic. judicis: l. de eo* 12. §. *pen. ff. h. t.* imo sine certi diei adjectione quandoque de re exhibenda cautionem interponi sufficit, puta si servus exhibendus in fuga sit: *l. Celsus* 5. §. *ult. ff. h. t.* & si, petita simul rerum plurium exhibitione, reus pendente lite quasdam desierit possidere sine dolo malo, tum demum condemnandus est, cum non exhibet, quas potest: *l. sed & si* 11. §. *ult. ff. h. t.* sed si reus contumacia nolit, aut dolo suo fecerit quo minus possit, rem exhibere, contra eum in litem juratur: *l. in hac actione* 3. §. *præterea* 2. *ff. h. t.* arg. *l. qui restituere* 68. *ff. de rei vindicat.*

6 Quod si semel hac actione actum fuerit, ex eadem causa iterum agi nequit ad exhibendum, ex alia potest: *l. si quis ad* 18. *ff. de except. rei judic. l. de eo* 12. §. *sæpius* 2. *ff. h. t. l. neque* 5. *C. h. t.* Nec ignorandum, aliis quoque actionibus exhibitionem peti posse, puta, ex stipulatu: arg. *l. nemo* 82. *ff. de verb. oblig.* ex testamento: *l. si prædiorum* 15. *C. ad leg. Falcid.* junct. *l. instrumenta* 24. *C. de fideicommissis:* ex empto: *l. Titius* 48. *ff. de action. empti:* ut & actione in factum, in casibus propositis in *l.* 5. §. *interdum* 14. *& l.* 9. §. *Marcellus* 4. *ff. h. t.* Quin & moribus solent judices per mandata compellentia exhibitiones injungere: quo fit, ut nunc rarior actionis ad exhibendum usus sit, licet maneat utilitas ejus in eo, quis exhibitionem petere possit, & a quo, ac quarum rerum.

LI-

LIBER UNDECIMUS

TITULUS PRIMUS

DE INTERROGATIONIBUS IN JURE FACIENDIS, ET INTERROGATORIIS ACTIONIBUS.

SUMMARIA.

1 *Quid fuerint interrogationes in jure? cui bono introductæ? differunt, aliquid agi in jure & agi pro tribunali.*

2 *Interrogationes hæ locum habuerunt in actionibus in personam; & in petitione hæreditatis. An & quo respectu in actionibus in rem?*

3 *De æquitate interrogationum; respondens ad eas non habetur pro judicato; sed inde data actio interrogatoria. Quid illa fuerit?*

4 *Cessant quidem jure novo actiones interrogatoriæ, at non æquitas interrogationum. Fieri illæ possunt per judicem etiam post conclusionem in causa. Quod & moribus passim fere obtinet, etiam circa principalia causæ merita; nec currunt tempora productionum, quamdiu adversarius in mora respondendi est. Quid in Hollandia obtineat?*

5 *Rogatus respondere cogitur, nisi proprium profiteretur crimen; vel dubitet; vel interrogetur in lite non sua sed aliena; ubi de tutore in causa pupilli vel minoris, & de ipso minore; de debitore in lite prælationis inter creditores; de marito in causa uxoris & ipsa uxore; de cedente in lite cessionarii; de interveniente, & eo pro quo intervenit in lite; de domino & procuratore.*

6 *Nemo respondere tenetur, si rogetur de facto alieno, vel non de facto, sed jure aut consuetudine. An reum sine mandato defendens, vel procurator actoris in reconventione?*

7 *Reus responsione sua, sive vera, sive falsa, nocet sibi, sed habet exceptiones easdem ac defensiones, si falso responderit, quas haberet, si vere respondisset. Quandoque contra responsionem erroneam restituitur.*

8 *Quo modo puniatur jure Romano & moribus, qui sciens mentitus est ad interrogationem, ut se liberet?*

9 *Silentium rogati aut responsum dubium eam recipit interpretationem, quæ rogato nocet.*

10 *Confessio ad interrogationem prodest interroganti, aliis non item, licet simile jus haberent.*

11 *Si falso respondens condemnatus deinde sit, & judicato satisfecerit, an liberentur illi, qui tanquam hæredes veri aut possessores debuissent conveniri? & quid hodie obtineat?*

1. Ne actor plus petendo peccaret, & probationum multiplicatione circa ea, quæ causam principaliter neque deprimunt neque allevant, lis protelaretur, interrogationes olim factæ in jure ante litem contestatam, veluti, an, & pro qua parte adversarius hæres esset; num ei ex fideicommisso restituta hæreditas; an servum, qui noxam commisisse dicebatur, possideret; aut peculium, cujus intuitu de peculio actio movenda foret; an ædes ejus essent, pro quibus damni infecti nomine cautio petenda: *l. 1. l. si quis in 7. 8. 9. §. qui interrogatus 5. & seqq. l. 10. ff. h. t.* Idque *in jure*, id est, ante litem contestatam (ad distinctionem eorum, quæ in judicio fieri dicuntur apud judices plerumque pedaneos post litis contestationem) adeoque apud prætorem aut alium populi Romani magistratum, qui jurisdictioni præest, sive pro tribunali sedeat juris dicundi gratia, sive domi vel in itinere negotio huic vacet: *l. voluit 4. §. 1. ff. h. t.* latius scilicet patente loci, in quo jus dicitur, quam tribunalis appellatione: in quantum *pro tribunali* fieri dicebantur, quæ loco stato seu ordinario expediebantur: *l. unius 18. §. ult. ff. de quæstion. l. utile tempus 2. §. in bonorum 2. ff. quis ordo in bonor. possess. servetur*: at *in jure* generaliter ea omnia, quæ vel pro tribunali, vel alibi in loco momentaneo, sive in itinere & in transitu sive domi, sella tamen posita, prætor juris dicundi causa de plano agebat: *d. l. 4. §. 1. ff. h. t. d. l. 18. §. ult. ff. de quæstion. §. servi 2. Instit. de libertinis.* Unde Paulus, cum monuisset, *jus* etiam dici locum, in quo jus redditur, appellatione collata ab eo, quod fit, in eo, ubi fit, subjungit locum illum hoc modo determinari posse; *ubicumque prætor, salva majestate imperii sui, salvoque more majorum, jus dicere constituit: l. pen. in fine ff. de Justit. & jure.*

2 Obtinuerunt hæ in jure interrogationes, cum in personam erat actio, & certum condictione petendum: *l. 1. pr. ff. h. t.* uti & in actionibus noxalibus ac de peculio: *l. si quis in jure 7. l. 8. l. 9. §.*

§. ult ff. h. t. & petitione cautionis pro damno infecto, quam quisque pro ea præstat parte, qua rei vitiosæ dominus est: *l. non alienum* 10. *l. qui servum* 20. *§. ult. ff. h. t.* junct. *l. si communes* 40. *ff. de negot. gestis*: *l. plures* 27. *ff. de damno infecto*: denique etiam in hæreditatis petitione mixta, quatenus possessor actore desiderante respondere cogitur, an pro hærede, an pro possessore possideat: *l. cogi* 11. *C. de petit. hæred.* De cætero in rei vindicatione, & aliis specialibus in rem actionibus possessorem compelli vel titulum suæ possessionis edere, vel dicere pro qua parte res ejus sit, incivile habitum fuit, eo quod non possessoris, sed petitoris munus est docere, qua ex parte dominus sit, sola possessione reo de cætero ad absolutionem sufficiente: *d. l.* 11. *C. de petit. hæred. l. in speciali* 57. *ff. de rei vindicat.* Plane, etsi titulum possessionis edere non compellatur, petitore tamen rogante respondere tenetur, an possideat rem aut dolo malo possidere desierit, ne alias frustra petitor experiatur: *l. qui petitorio:* 36. *pr. ff. de rei vindicat:* uti &, pro qua parte possessor sit, seu an rem totam an tantum pro parte possideat, ad id, ut, si minore ex parte se possidere dicat, quam actor petiturus est, in aliam partem quæ non defenderetur, in possessionem actor mittatur: *l. qui servum* 20. *§. in jure* 1. *ff. h. t.* junct. *l. Fulcinius* 7. *§. item videamus:* 16. 17. *&* 18. *ff. quib. ex caus. in possess. eatur: l. ult. ff. de rei vindicat:* aliud enim est, de jure suo in re, aliud de nudo possessionis facto respondere. Et quamvis *d. l.* 20. *§.* 1. *ff. h. t.* non incommode etiam accipi possit de casu, quo interrogatur is, cum quo non agitur, socius nempe rei conventi respectu fundi communis, quo innotescat, quæ fundi pars ad reum latitantem pertineat, ut in eam non defensam actor mittatur; tamen interrogationes secundum jam tradita etiam in rei vindicatione hactenus admissas fuisse probabilius est.

3 Æquissimus vero fuisse videtur hic in jure interrogandi mos; cum edictum de interrogationibus prætor proposuerit, ut subveniret difficultatibus probationum; sciens, arduum sæpe esse ei, qui hæredem bonorumve possessorem convenit, probare, aliquem hæredem esse bonorumve possessorem; imo difficilem plerumque aditæ hæreditatis probationem esse: *l. Edictum* 2. 3. *ff. h. t.* Neque tamen interrogationes hæ de ipso principali negotio, vel cardine quæstionis, ut ajunt, conceptæ fuerunt, sic ut reus ex responsione sua, quasi confessus, pro judicato habendus esset, secundum *l.* 1. *& l. qui Stichum* 5. *ff. de confessis: l. proinde* 25. *§. ult. ff. ad leg. Aquil.* sed tantum de iis, quæ litem præparant; ad quæ si responsum fuerit, non condemnatio, sed litis principalis ventilatio sequitur; dum non omnis ille, qui se hæredem aut servi vel peculii possessorem esse confessus est, condemnari debet; sed demum, si actor probet, defunctum debuisse aut legasse, servum contraxisse peculii intuitu, aut actori nocuisse; & ita in cæteris. Unde & sola actio interrogatoria ex responsis hisce data fuit, quasi ex ipso contractu vel negotio principali; quæ ideo nec nova actio fuit, sed tantum nova quædam qualitas adjectitia actionis principalis: *l. si quis interrogatus* 8. *l. de ætate* 11. *§. qui interrogatus* 9. *ff. h. t.*

4 Et quamvis Callistratus testetur, jam tum suo tempore minus frequentatas actiones interrogatorias, in desuetudinem abiisse, quia nemo cogebatur ante judicium de suo jure aliquid respondere: sed tantum ad probationes litigantibus suffecisse ea, quæ ab adversa parte expressa fuissent apud judices, vel in hæreditatibus, vel in aliis rebus, quæ in causis vertuntur: *l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t.* tamen neque æquitas interrogationum ideo cessavit, neque, pendente lite, usus earum; cum utique coætaneus prope Callistrato Ulpianus, aut paulo recentior, velut jus indubium tradiderit, ubicunque judicem æquitas moverit, æque oportere fieri interrogationem: *l. pen. ff. h. t.* non ad eum effectum, ut amplius inde interrogatoriæ competerent actiones, sed ut secundum jam dicta pro probationibus haberentur, quæ a rogata adversa parte apud judices expressa sunt: *d. l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t.* Nec interest, in qua judicii parte interrogatio fiat; usque adeo, ut & post conclusionem in causa interrogationes subinde admittendæ sint; tum quia *d. l. pen. ff. h. t.* generaliter admittit, *ubicunque judicem æquitas moverit*; tum quia revera litigantibus quidem, at judici nunquam, in causa concluditur; qui proinde ex officio, quod nobile vocant, interrogare, & ad interrogata responsionem jubere potest, ubi id æquitas postulare visa est, & dubitatio occurrit: *cap. cum Johannes* 10. *fere in fine extra, de fide instrum.* Confer Mascardum *de probation. conclus.* 1182. *n.* 41. *& seqq.* Ac tantum abest, ut interrogationes hæ a moribus hodiernis alienæ essent, ut potius de ipsis quoque factis principalibus, ex quorum assertione vel negatione pendet potissimum causarum decisio, interrogationes pendente lite fieri obtinuerit, conceptis ab uno litigantium positionibus; ad quas adversarius per judicem rogatus respondere compellitur, præstito calumniæ jurejurando, *se credere* vel *non credere*: ita in Gallia, Germania, Ultrajecti, in Frisia, praxi constante servari, patet ex Rebuffo *ad constit. regias tom.* 3. *tract. de responsionibus per credit. vel non.* Mascardo *de probationibus conclus.* 1182. 1183. Mynsingero *cent.* 5. *observ.* 88. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 79. Besoldo *delibatis juris ad Paul. h. t. quæst.* 2. Ant. Thessauro *decis.* 17. Radelantio *Curiæ Ultraject. decis.* 107. adeo ut ei, qui productiones probationum facere debet, non currant tempora productionis faciendæ, quamdiu adversarius hæret in mora respondendi ad interrogata; eo quod merito ignorat, quæ pro confessis ex responsione habenda sint; quæ ex adverso negata, probationem requirant. Christinæus *vol.* 1. *decis.* 95. *n.* 9. 10. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 91. *n.* 8. 9. Mynsingerus *cent.* 2. *observ.* 99. *n.* 1. Nec Hollandis aut Zelandis Flandrisque ac Brabantinis interrogationes has displicuisse, evincit clarissime Instructio Curiæ Holland. *art.* 128. Curiæ Flandricæ *art.* 55. 56. Brabantin. *art.* 53. *& seq.* nunc autem non amplius in Hollandia in causis civilibus istiusmodi interrogationum usum esse, ob metum perjurii, monet Groenewegen *ad rubric. ff. h. t.* Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 29. *n.* 33.

5 Rogatus itaque tum ex usu juris Romani, tum ex hodiernis illorum moribus, quibus interrogationes istæ etiamnum placent, respondere tenetur. Nisi responsio ipsum criminis reum faceret, dum de tali facto proprio interrogatur, quo crimen involvit; quippe quo casu judicio criminali magis opus esset, in quo simplex reorum examen sine calumniæ jurejurando procedit. Adde Mascardum *de probation. conclus.* 1183. *n.* 59. *& seqq.* Vel nisi rogetus justam ipse dubitandi causam habeat, ut puta, si rogatus, an *hæres sit*, controversiam hæreditatis ab aliquo patiatur; quo casu respondere non compellitur, ne aut negando se hæredem præjudicet sibi, aut dicendo se hæredem, illigetur, etiam ablata sibi hæreditate: *l. & quia* 6. §. 1. *ff. h. t.* Sed nec ad respondendum adigendus, quoties non in proprie, sed aliena lite rogatur: *l. si sine* 9. §. *alius* 3. *ff. h. t.* Unde licet tutor aut curator in lite pupilli respondere teneatur, quoties ipse pro pupillo in lite consistit: arg. *l. proinde* 25. §. *si procurator* 1. *ff. ad leg. Aquil.* non tamen, si ipse litem pro pupillo non sustineat; etsi tunc super proprio rogeretur facto. Radelantius *Curiæ Ultraject. decis.* 106. Nec debitor in lite, quæ inter creditores ejus de prælatione eut eliter agitatur. Radelantius *decis.* 36. Nec hæredes conjugis defuncti, ubi viduus eut vidua massaria judicium suscepit, nisi forte liberi sint. Radelant. *decis.* 107. *num. ult.* & 108. Nec debitor in causa fidejussoris, aut *vice versa*. Radelent. *decis.* 107. *n.* 3. 4. 5. Quales nihilominus omnes, tenquam testes in aliena lite, per adversarium produci possunt, & ad testimonium perhibendum compelli; non tunc responsa sue calumniæ seu credulitatis, sed veritatis jurejurando firmaturi. Radelant. *d. decis.* 36. (de quo latius *tit. de testibus*) Si tamen maritus ex usu hodierno pro uxore stet in judicio, tanquam curator ejus, æquum fuerit, non maritum modo, sed & uxorem ipsam, quam vere causa tangit, ad respondendum de suo facto compelli. Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 9. *defin.* 3. uti edultus in causa, quam tutor vel curator in judicio prosequitur. Ant. Matthæus *de judiciis disput.* 7. *n.* 57. Secus si suo nomine ac proprie de causa maritus in judicio consisteret; cum ita lis mariti, uxoris intuitu aliena sit, sub qua limitatione forte eccipienda quæ de uxore generalius tradita a Radelantio *d. decis.* 107. *n.* 6. Sed & cedentem in causa cessionarii respondere compellendum, verius est; cum utique cessionarius utcunque ad suam utilitatem videatur litem expedire, procurator cedentis sit, ac personam ejus in judicio repræsentet; ut proinde, desiderante adversario, cedentem velut dominum in judicio rogari æquum sit, ec cogi ad respondendum de facto suo, ex quo jus omne cessionarius metitur, ac habet. Confer Ant. Februm *Cod. lib.* 2. *tit.* 1. *defin.* 17. Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 9. *defin.* 3. Eadem ratione, si quis intervenerit pro alio, ita ut litem alterius ac defensionem in se suscipiat, is, pro quo litem suscepit, ad interrogata adversarii respondere tenetur, quoties id postulatum fuerit, cum & lis revera ipsius sit, & de suo proprio rogetur negotio. Henr. Kinschot *responso* 35. *n.* 1. 2. Radelantius *Curiæ Ultraject. decis.* 34. Ant. Matthæus *de judiciis disp.* 7. *n.* 57. 59. Quemadmodum & dominus per procuratorem in judicio consistens: adeo ut si adesse justa ex causa impeditus sit, per procuratorem, in anima domini de calumnia jurentem, ac de respondendis ad interrogeta mandato speciali instructum, in omnem eventum respondere debeat. Quod & cautum Instruct. Curiæ Hollandicæ *art.* 128. *in fine*. Brabantinæ *art.* 53. Flandricæ *art.* 55.

6 Non etiam respondere quisquam in jure cogendus, cum non de proprio, sed alieno rogatur facto; quippe cujus probabilis plerumque ignorantia est: *l. si sine* 9. §. *alius* 3. *ff. h. t. arg. l. plurimum* 5. *ff. de juris & facti ignor.* adeo ut & filius pro patre suo in judicio subsistens tanquam actor, & in reconventione de patris facto interrogetus, impune taceat, nec silentium ejus pro confessione habeatur: *l. si filius* 19. *ff. h. t.* etsi verum sit, eum in lite tunc ultra pergere non posse; in quantum procurator esse nequit, nisi & in reconventione defensionem suscipiat: *l. servum quoque* 33. §. *ait prætor* 3. *ff. de procurat.* & plene non defendit, qui interrogetus non respondet: *l. si sine* 9. §. *Celsus* 4. *ff. h. t.* Similiter nec quisquam ad respondendum compellendus est, quoties de jure interrogatur; cum alia facti proprii, alia juris quæstio sit; ac jus finitum atque determinatum nulla indigeat adversæ partis responsione: arg. *l. in omni parte* 2. *ff. de juris & fact. ignor. l. ornamentorum* 37. *ff. de auro & arg. legato*. Andr. Geyl. *lib.* 1. *obs.* 82. *n.* 13. & quamvis apud Gaylium *d. loco n.* 14. excipiatur casus, ubi de consuetudine adversarius interrogatur, eo quod illa facti est; vix tamen est, ut id admiseris; cum quæstio consuetudinis non de adversarii, sed populi totius, adeoque alienis rebus ac factis, concipiatur: arg. *l. de quibus* 32. §. 1. *ff. de legibus*: §. *sine scripto* 9. *Instit. de jure natur. gent. & civili*. Plane, si reus per defensorem, mandato carentem, in judicio defendatur, defensorem quoque de facto ejus, cujus defensionem suscepit, respondere oportere, quia elias plene defendere non videtur; ac vel responso vel silentio suo sibi nocere, etsi domino non noceat ob deficiens mendatum, responsum est: *l. non solum* 39. *ff. de procurator. l. si sine* 9. §. *Celsus* 4. *ff. h. t.*

7 Cæterum de suo rogatus facto tempus ad deliberandum recte petit, ne temere respondeat: *l. qui interrogatur* 5. *ff. h. t.* Instructio Curiæ Brabant. *art.* 36. Flandricæ *art.* 56. eo quod responsione sua ac confessione sibi nocet, sive vere sive falso responderit, eo quod ipsi fides contra se habetur: *l. de ætate* 11. §. 1. *ff. h. t.* si modo id, quod in confessionem venit, & jus & naturam recipere possit: *l. si is* 14. §. 1. *ff. h. t.* (exempla confessionum, quas jus aut natura non patitur, Vide *l. eum, qui* 13. §. 1. *l. si servus* 16. *pr. & §.* 1. *ff. h. t.*) adeoque, si se hæredem dixerit, aut animalis vel servi peculiive possessorem, hæreditariis eut noxalibus vel de peculio actionibus conveniri potest, etsi vere nec hæres nec possessor sit: *l. voluit* 4. *l.* 5. *l. si quis* 8. *l. de ætate* 11. §. 1. *l.* 12. *ff. h. t.* ut tamen is, qui falso confessus est se hæredem esse, eut quid simile, & ex sua confessione convenitur, exceptionibus ac defensionibus, quæ institutis in ju-

dicio contra reos actionibus opponuntur, uti possit, veluti pacti conventi, rei judicatæ, interitus rei, & cæteris: *l. si filius* 12. §. 1. *l. si ante* 15. §. 1. *ff. h. t.* imo etiam quandoque per in integrum restitutionem adversus confessionem suam ex justissimi erroris causa juvari; veluti, si filius se patris hæredem fateatur, ac postea prolato testamento exhæredatus appareat; vel alium se hæredem dixerit esse ex testamento, quod dein falsum aut irritum aut inofficiosum pronunciatum est: *l. de ætate* 11. §. *ex causa* 8. *&* §. *qui juste* 10. *ff. h. t.* Mascardus *de probat. conclus.* 1182. *n.* 14. *& seqq.*

8 Quod si respondendo mentitus sit, ut sese liberet, secundum jus Romanum vulgares subibit mentientium pœnas; atque ita in solidum sine noxæ deditione tenebitur, si se servi delinquentis aut animalis lædentis possessorem inficiatus sit: *l.* 1. §. *interdum* 15. *ff. si quadrup. pauper. fecisse dic.* ac possessione exuetur, si se rem per vindicationem petendam possidere neget: *l. ult. ff. de rei vindicat:* aut si minore ex parte hæredem se dixerit, quam ei delata erat, hanc fert mendacii pœnam, quod in solidum convenitur, etsi ex parte tantum, sed majore, hæres sit: nisi & hic justa errandi causa veniam det: quid enim, si nescit sibi partem accrevisse, vel ex incerta parte institutus sit? *l. de ætate* 11. §. *si cum* 3. *&* 4. *ff. h. t.* Interim nostris ac aliorum moribus has mentientium pœnas in desuetudinem abiisse, & eos, qui scientes prudentes veritatem inficiati fuerunt, interposito præsertim calumniæ jurejurando, extra ordinem arbitrio judicis mulctari solere, notat Groenewegen ad *l.* 11. §. 3. *ff. h. t.* & ad *l. ult. ff. de rei vind.* quem tamen in casu *d. l. ult. ff. de rei vindicatione*, falli, supra *tit. de rei vindic. n.* 25. probatum est.

9 Silentium ejus, qui secundum requisita superius proposita interrogatus respondere contumaciter detrectat, adversus eum interpretationem recipit, sic ut pro confitente habeatur, quoties ei confessio nocitura ac interroganti profutura est, adeoque tanquam hæres conveniri possit, qui tacuit ad interrogationem, an hæres sit: *l. de ætate* 11. §. *qui tacuit* 4. *ff. h. t. l. quotiens* 18. §. *ult. ff. de probationibus.* Instructio Curiæ Ultraject. *tit. van defauten van den gedaagde art.* 6. Brabant. *art.* 56. Flandricæ *art.* 56. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observat.* 80. Christinæus *ad Leg. Mechlinens. tit.* 1. *art.* 21. *n.* 1. Silentio comparatum responsum anceps, dubium, incertum; dum nihil interest, an taceat interrogatus, an obscure respondeat, ut incertum dimittat interrogantem: *d. l. de ætate* 11. §. *nihil interest* 7. *ff. h. t.* Vide d. Instruct. Curiæ Brab. *art.* 54. Flandricæ *art.* 55. *in fine.* Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 82. *n.* 7. *& seqq.* nisi forte consultius fuerit, urgeri ulterius respondentem, ut certum fateatur: arg. *l. certum:* 6. §. *si quis incertum* 1. *ff. de confessis.*

10 Quisquis autem interrogatus in jure confessus est, aut ex contumaci silentio pro confitente habetur, solis interrogantibus, non aliis jus parit; eo quod res inter alios acta aliis nec prodest nec nocet: *l. sæpe* 63. *ff. de re judicata.* Unde, cum unus ex debitoris fiscalis filiis, qui nec bonorum possessionem acceperat, nec hæres erat, procuratori Cæsaris interroganti in jure respondisset, se hæredem esse, placuit, eum a paternis creditoribus cæteris, qui in jure non interrogassent, ex responso suo interrogatoria non posse actione conveniri: *l. ult. ff. h. t.*

11 Ex adverso quoque, si se falso hæredem aut possessorem, aut servum alienum a se occisum, responderit, atque ita actori ex tali responso litem ulterius prosequenti condemnatus sit, jure Romano veris hæredibus aut possessoribus vel occidenti non prodest, nec facit solutione sua, quo minus illi, ut veri debitores vel percussores, vel rei possessores, etiamnum suscipere litem compellantur; cum non tam rem actori, quam potius falsi responsi pœnam solvisse videatur; quali pœnæ præstatione neque rei persecutoria actio perimenda erat, neque delictum ejus qui fecit, propter eum, qui respondit, debebat impunitum esse: *l. qui servum* 20. *ff. h. t. l. si is, qui* 7. *ff. de rei vindicat.* nisi quasi defensor ejus, qui hæres erat aut possessor, vel cædem commiserat, responderit, aut ex mandato ejus; tunc enim in factum exceptione summovendus esset actor; quia ille, qui respondit, negotiorum vel mandati actione recepturus est, quod præstitit, ac improbus esset, qui velit iterum consequi, quod jam a defensore debitoris accepit: *l. qui servum* 20. *ff. h. t.* Unde & tum demum adversus hæredem verum agi posse, cum defensor, qui se liti obtulerat pro hærede, solvendo non est, ex Proculi sententia Julianus respondit: *l. qui ex parte* 18. *ff. h. t.* Atque ita de eo, qui velut defensor intervenit, accipienda est *l. si quis dolo* 51. §. 1. *ff. de re judicata:* quippe cujus hæc facti species sine verborum emendatione poni potest, quod Titius, cum Mævio fundum vendidisset ac fide de pretio habita tradidisset, creditores autem Mævii in possessionem bonorum ejus ac ipsius etiam fundi empti mitterentur, missis id quod interest præstiterit pro Mævio debitore, atque ita ulteriorem impediverit missionis effectum, Mæviumque liberaverit velut defensor ejus, quo dein ipse solidum fundi venditi pretium ab eo consequi posset, non in solidum forte consecuturus, si creditores ex decreto judicis minus tempestivam fecissent bonorum Mævii distractionem. In noxalibus tamen actionibus, solvente eo, qui se servi lædentis possessorem falso responderat, verum liberari possessorem obtinuit; quia noxales actiones præter generalia juris præcepta contra dominum dantur, ut quodammodo læso consulatur, ne in universum in damno hæreat; ut proinde, eo jam indemni præstito, ulterior actionis noxalis æquitas conspicua non sit: *l. si quis interrogatus* 8. *l. qui servum* 20. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. §. *quod igitur* 15. *ff. de vi & vi armata: l. melior* 133. *ff. de reg. juris.* Neque absurdum fuerit, ex hodierni juris fundamentis in cæteris quoque casibus, solvente eo, qui liti se obtulit, veris debitoribus asserere liberationem, ut dictum *tit. de petit. hæredit. n.* 8.

TI-

TITULUS II.

De quibus rebus ad eundem judicem eatur.

SUMMARIA.

1 *Ad eundem judicem ire debent cohæredes, confines, socii, contutores, legatarii & creditores hæreditarii ut legis Falcidiæ ratio ineatur: sæpe etiam plures de liberali causa &c. item in reconventione & interventione.*

2 *Terminanda etiam apud eundem possessionis & proprietatis causa; & quid moribus?*

3 *Si plures unius debiti debitores, vel cohæredes nomine hæreditario debentes sub diversis habitent judicibus inferioribus omnes tamen subsint uni judici superiori, veluti curiæ Hollandiæ, omnes inferiore præterito ad superiorem vocari possunt apud nos.*

4 *Si ex pluribus actoribus aut reis quidam privilegiati sint respectu fori, etiam non privilegiati ad eundem judicem ire; & vocari possunt.*

5 *Hodie ex voluntate actoris aut rei quæstio civilis & criminalis non dividenda, si utraque ex uno facto oriatur.*

6 *Curatore bonis dato, ad eundem judicem ire debent omnes obærati debitoris creditores.*

1 Ne dividatur causæ continentia, dum plures diversis in foris agunt aut conveniuntur, omnes quandoque ad eundem judicem ire placuit; quales sunt socii, cohæredes, confines, de hæreditate, rebusve communibus dividundis, aut finibus regundis contendentes: *l.* 1. 2. *ff. h. t. l. omnes tutores* 5. *C. arbitrum tutelæ:* uti id de cohæredibus similibusque dictum plenius *tit. familiæ ercisc. n.* 42. de tutoribus dicetur *tit. de tutelæ & ration. distrah.* Nec minus tunc, cum de ineunda legis Falcidiæ ratione quæstio est, legatarii omnes & fideicommissarii, imo & creditores hæreditarii, ut de ære alieno probent, ad eundem arbitrum venire jubentur: *l.* 1. *§. cum dicitur* 6. *ff. si cui plus quam per leg. falcid. lic. legat. esse dicetur.* Causam quoque conventionis & reconventionis per eundem judicem debere terminari; ut & causam ejus, qui intervenire vult in lite, traditum *tit. de judiciis n.* 38. & *n.* 78. Quin & in liberali seu status quæstione non infrequens fuisse, ut ad eundem judicem ob causæ continentiam plures mitterentur, patet ex *l. cognitio* 8. §. 1. 2. *l.* 9. *l. si usumfructum* 23. §. *ult. ff. de liberali causa.*

2 Ex eadem ratione proprietatis & possessionis causam apud eundem judicem terminari necesse fuit; cum judex, qui de possessione jam cognovit, ex parte perspectam credatur habere causam proprietatis, adeoque aptus magis ad illam expeditius finiendam: *l. nulli* 10. *C. de judiciis:* licet enim possessioni nihil cum proprietate commune sit, quatenus ingens est inter utriusque naturam pariter ac effectus differentia: *l. naturaliter* 12. §. 1. *ff. de acquir. vel omitt. poss.* in ordine tamen judiciorum sibi invicem cohærent, in quantum finis judicii possessorii plerumque petitorii initium est. Confer Cujacium *lib.* 2. *observ. cap.* 35. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 32. *n.* 11. & de praxi Wassenaar *pract. judic. cap.* 22. *n.* 14. 15. Sed ab hoc jure apud nos recessum fuit, dum in Hollandiæ suprema Curia causæ quidem possessoriorum tractandæ sunt; nec tamen ideo proprietatis quæstiones iisdem de rebus ordinariorum judicum jurisdictioni, ne sub obtentu quidem reconventionis, subducuntur. Instructio Curiæ supr. *art.* 19. Neostadius *curiæ supr. decis.* 127. Groenewegen ad *d. l.* 10. *C. de judiciis.*

3 Similiter, si plures unius debiti debitores, sub judicibus inferioribus diversis domicilium foventes, uni communi judici superiori, veluti curiæ provinciali, subjecti sint, omnes ad judicem illum superiorem, præteritis inferioribus, vocari possunt secundum Hollandiæ & aliorum mores: *placitum Ordin. Holl.* 10. *Julii* 1677. *in pr. vol.* 3. *pag.* 673. *in fine &* 675. Groenewegen *de leg. abrogat. h. t.* Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 14. *n.* 8. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *consil.* 35. *n.* 5. *pag.* 127. usque adeo, ut & tunc, cum plures ejusdem defuncti cohæredes sub diversis judicibus inferioribus degentes pro debito hæreditario conveniendi sunt, prima vice simul omnes ad curiam provincialem Hollandiæ, si modo omnes ei subsint, vocari queant, etiamsi jam a rerum hæreditariarum communione per divisionem recessisse proponantur. *Appendix decisionum pag. mihi* 39. *in fine, & pag.* 40. *post partis tertiæ volumen primum Respons. Holland.* Plane, si quidam ex his unius debiti debitoribus aut cohæredibus in alio territorio degant, sic ut communem cum reliquis judicem haud sortiantur, hi ad suum judicem ordinarium vocandi forent: arg. *l. ult. ff. de jurisdict.* junct. *l. juris ordinem* 2. *C. eod. tit.* Groenewegen *d. loco.*

4 Ad hæc ex eodem fundamento, ne causæ continentia dividatur, descendit, quod, si inter plures in jus vocandos, quorum omnium eadem causa est, nonnulli privilegiati sint, sic ut non nisi ad tribunal superius litigatum venire teneantur, propter eos & reliqui ad judicem eundem superiorem vocari possint, etsi omnes tum privilegiati tum privilegio destituti simul in eadem degerent civitate, ac sub eodem judice inferiore: Andr. Gayl. *lib.* 1. *observat.* 32. *n.* 2. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *consil.* 35. *n.* 5. Uti ex adverso quoque, si ex pluribus actoribus, ejusdem litis consortibus, unus privilegiatus vi sui privilegii adversarium ad judicem superiorem citaverit, reliquos litis ejusdem consortes non privilegiatos jungere se posse privilegiato, obtinuit, ut ita per omnes simul junctos ob causæ continentiam apud eundem judicem superiorem lis ad finem deducatur. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *consil.* 147. *in fine.*

5 Insuper quæstionem civilem & criminalem, non posse dividi, sed apud eundem judicem alterutro partium desiderante utramque debere agi, quoties utraque ex una causa vel uno facto oritur, traditum a Mynsingero *cent.* 1. *observ.* 97. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 32. *n.* 11. Respons. Jurisc. Holland. *part.* 5.

5. *consil.* 87. Brunnemanno ad *l.* 10. *C. de judiciis.*

6 Denique, curatore bonis dato, creditores omnes obærati debitoris ad universale judicium concursus ac prælationis venire debere propter causæ continentiam, licet diversis in locis morentur, & patrimonium debitoris per varia loca dispersum sit, dicetur *tit. qui potiores in pign.* Confer de causæ continentia Mindanum *de processibus executivis lib.* 3.

TITULUS III.

De Servo corrupto.

SUMMARIA.

1 *Quid sit actio de servo corrupto, cui, contra quem, & ad quid detur? Quid juris, si corruptio tentata, sed servus corruptus non sit?*
2 *Actio hæc non infamat.*
3 *Nec mere pœnalis, nec tantum rei persecutoria, sed pœnalis mixta in duplum est.*
4 *Cum actione de servo corrupto concurrere potest accusatio, velut ex crimine extraordinario.*
5 *Utilis actio de servo corrupto datur, si corrupti sint mores filiif. uxoris, subditorum, monachorum, militum ad id, ut derelicta cohorte, in qua militant, alteri cohorti vel legioni nomen dent.*

1 Quam periculi plena res tum publice tum privatim sit morum servilium corruptio, testatum abunde fecerunt execranda, quæ inde profluxerunt rerum novarum molimina, conspirationes, & intestina ac velut domestica in dominos bella, a servis suis dominos ipsos duris legibus, execrabili delicto distractos, habet *l. moveor* 4. *C. si servus export. veneat.* Tyriis a servis Heros omnes Tyrios una tempestate crudelissime jugulatos fuisse, vix uno servato Stratone, mox incredibili latronum consensu in Regem electo, Justinus commemorat *lib.* 18. *cap.* 3. Et cui, quæsó, ignota scelerata servorum Romanorum in dominos audacia, quæ in nefanda tandem bella servilia semel iterum tertioque sic erupit, ut oppida, urbes, provincias a collecto mancipiorum vilissimorum exercitu dignisque tam infami turba ducibus oppugnatas, captas, direptas, viderimus; exutos castris suis Prætores Manlios, Lentulos, Pisones, Servilios, alios, sæpiusque in fugam actos orbi dominos ab illis, quos ipsi per fugitivarios ex fuga reducere debuissent, & herili compescere auctoritate. Florus *lib.* 3. *cap.* 19. Adde Livium *lib.* 2. *cap.* 15. *& seqq. lib.* 4. *cap.* 45. *lib.* 32. *cap.* 26. *lib.* 33. *cap.* 22. Non mirum ergo, si primis malorum tantorum principiis occurrendum mature censuerint Quirites, ac suo præcipue edicto Prætores, proposita de servo corrupto actione: quæ est personalis arbitraria: arg. *l. ut tantum* 14. §. 1. *& pen. ff. h.* t. competens domino & ejus hæredibus in perpetuum: *l. hæc actio* 13. *ff. h. t.* non tantum, si manserit in potestate domini, vel in hæreditate; sed & si exierit, forte legatus aut mortuus aut manumissus aut alienatus: *l. doli verbum* 5. §. *ult. l.* 6. 7. 8. *l. pen. ff. h. t.* Uti & jus pignoris, ususfructus, alludve simile habentibus: *l. si quis servum* 9. §. *si in servo* 1. *l. ut tantum* 14. §. *si is* 3. *&* §. 4. *ff. h. t.* adeo ut concurrente domino ac fructuario aut similibus, directa domino, fructuario utilis actio detur: *d. l.* 9. §. 1. *ff. h. t.* Socio quoque ob corruptos ab altero socio communis servi mores; licet & pro socio & communi dividundo actio tunc locum habeat: *d. l. si quis servum* 9. *pr. ff. h. t.* Non tamen bonæ fidei possessori: *l.* 1. §. 1. *ff. h.* t. Adde Ant. Fabrum *rational. ad d. l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* Contra eum, qui mores servi dolo corrupit, servum recipiendo, aut ei quid persuadendo, quo ipsum faceret deteriorem, aut sollicitando, aut jam malum hortando, instigando, laudando, malitiæ augendæ causa, aliisque modis pluribus recensitis in *l.* 1. *pr.* §. 2. 3. 4. 5. *l.* 2. 3. *ff. h. t. l. adversus* 4. *C. de furtis & servo corrupto:* etiam adversus mulierculas, apud quas servi nostri cum tempore pecunias simul consumunt: *l. pen. ff. h. t.* Nec interest, utrum corrumpens extraneus sit, an dominus aut fructuarius servi corrupti, aut creditor, cui servus fuit pignori obligatus: *l. si quis servum* 9. §. 1. *l. ut tantum* 14. §. *si is, in quo* 3. *&* 4. *ff. h. t.* vel putaverit hominem esse liberum, cujus mores corrumpebat: *l. doli* 5. §. 1. *ff. h. t.* licet ex opposito non detur contra eum, qui hominem liberum corrupit quem putabat servum esse: *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* nec contra eum, qui dolo caret, veluti si ex misericordia vel humanitate servum alienum receperit: *l. doli* 5. *in princ. ff. h. t.* (quo tamen casu ob culpam ex capite secundo legis Aquiliæ agi posse, probatum *tit. ad leg. Aquil. n.* 4.) nec contra parentem aut patronum: *l. parens* 5. §. 1. *l.* 6. 7. *ff. de obsequ. parent. & patron. præstandis:* nec contra bonæ fidei possessorem; quippe qui dolo caret: *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* nec contra corrumpentis hæredes: *l. hæc actio* 13. *ff. h. t.* Agitur vero ad id ut præstetur duplum, non servi totius, sed damni corrumpendo dati, & rerum, quas servus fugiendo secum abstulit: *l. si quis* 9. §. *pen. & ult. l.* 10. *l. ut tantum* 14. §. *in hac* 5. *ff. h. t.* aut in quibus damnum dedit: *l. ut tantum* 14. §. *his* 6. *&* 7. *ff. h. t.* non tamen rerum, quas, dum in fuga servus erat, furto abstulit, aut in quibus postea quadam quasi consuetudine peccavit: *l. Neratius* 11. *pr. &* §. 1. *ff. h. t.* Plane si uxor servum corruperit, ob matrimonii reverentiam exemplo actionis rerum amotarum non in duplum sed simplum hæc actio est: *l. ult. ff. h. t.* & qui reipublicæ servum sollicitavit, cum eo alterum tantum restituere, & duodecim solidos præstare tenetur: *l. mancipia* 5. *C. de servis fugitivis:* quod si tentata quidem corruptio fuerit, & malevolum appareat ad probitatis servilis perniciem propositum, servus autem deterior factus non sit, actionem de servo corrupto cessare necesse est, eo quod nullum, quod dupletur, damnum apparet: arg. *d. l.* 14. §. *in hac* 5. *ff. h. t.* Firmatque hanc sententiam exceptio contra communes regulas in eo, qui servo alieno suasit, ut is domino proprio furtum faceret, cujus furti faciendi pronior faciliorque, quam alterius delicti, occasio est.

est. Vide §. *sed & si credat* 8. *Instit. de oblig. quæ ex delicto: l. si quis servo* 20. *C. de furtis & servo corrupto.*

2 Cæterum hæc actio non infamat: *l. parens* 5. §. *sed nec* 1. *l.* 6. & 7. *ff. de obsequiis parent. & patr. præstandis.* Licet enim turpis actio dicatur: *l. nec quicquam* 56. *ff. pro socio:* quatenus scilicet doli vel fraudis mentionem habet: non tamen ideo infamans est; pluresque turpes, famosæ pauciores actiones sunt. Et quod prætor dicitur *notare* calliditatem ejus, qui corrupit: *l. dolo malo* 5. *ff. h. t.* eo ipso non infamiæ nota intelligitur; sed magis, quod prætor coerceat calliditatem corrumpentis, sic ut sine dolo malo corrumpens non *teneatur*, ut in *d. l.* 5. JCtus ait. Ita enim *notare* in jure nostro non semper est, infamare, sed quandoque idem significat, quod *reprehendere & improbare: l. metum autem* 9. §. *ult. ff. quod metus causa l. Titia filiam* 13. *in fine ff. de inoff. testam.* atque etiam *coercere ac punire:* quo sensu exhæredationes dicuntur non semper *nota causa fieri;* id est, non semper ad coercendam ingratitudinem filii exhæredati, ac puniendam hæreditatis ademptione: *l. multi* 18. *ff. de liberis & posthumis: l. Paulus respondit* 47. *ff. de bonis libert.*

3 Non etiam mere pœnalis est, ut præter duplum superesset rei persecutio, sed pœnalis mixta, ut duplo insit ipsa res: *l. ut tantum* 14. §. *in hac* 5. *ff. h. t.* Multo minus tantum rei persecutoria: neque id dictat *l. hæc actio* 13. §. 1. *l.* 14. *ff. h. t.* cum ibi hæc actio non assimiletur hæreditatis petitioni, sed magis petitio huic actioni de servo corrupto: sic ut & ipsa hæreditatis petitio hoc casu pœnalis mixta in duplum sit. Nec adversatur hisce, quod, ubi cum petitione hæreditatis concurrit ex lege Aquilia actio, quæ ex inficiatione in duplum creverat, petitio tamen hæreditatis tantum in simplum detur: *l. item veniunt* 20. §. *cum prædiximus* 4. *ff. de petit. hæred.*. Etenim in simplum tantum est tunc hæreditatis petitio, quia & ex lege Aquilia actio secundum ordinariam sui naturam in simplum tantum comparata est, ex inficiatione, adeoque novo quodam delicto, demum in duplum. Quo modo etiam, si actio in factum ex jurejurando detur in causis illis, in quibus ex inficiatione in duplum lis crescit, tamen hæc in factum actio, seu adjectitia qualitas, non in duplum sed simplum est: *l. eum, qui* 30. *ff. de jurejurando.* At de servo corrupto actio semper ex sua natura in duplum est; ut proinde & in duplum esse debeat petitio hæreditatis illis in casibus, quibus huic actioni assimilatur.

4 Concurrere vero cum hac actione potest etiam accusatio, velut ex crimine extraordinario: *l. in eum* 5. *ff. de extraord. crimin.* maxime, si actor seu dispensator rerum dominicarum corruptus esse dicatur, vel hujusmodi servus, ut non ad solam jacturam adversus substantiam, sed ad totius domus eversionem pertineat: *l. ult. ff. de offic. præsidis.*

5 Est & actio utilis de servo corrupto, patri accommodata ob corruptos mores filiifamilias vel filiæf. adversus corrumpentem, secundum ea, quæ de servis supra dicta: in id quod interest animum liberorum non esse corruptum, integramque mansisse domus famam ac dignitatem, sine luxuria, protervia, stuprorum ignominia, aliisque similibus: *l. ut tantum* 14. §. *de filio* 1. *ff. h. t.* quæ & ad maritum videtur extendenda propter corruptos uxoris mores agere volentem, ad exemplum interdicti de liberis exhibendis, patri competentis, sed ad maritum producti: arg. *l. imo magis* 2. *ff. de liberis exhibendis:* atque insuper ad corruptos subditorum, monachorum, aliorumque similium mores ab interpretibus non inepte inveniuntur translata. Nec dubium, quin huc quoque reducendi sint præfecti militares, aliique similes, si alterius cohortis milites in id corrumpant, ut derelicta cohorte, in qua militarunt, alterius cohorti, turmæ, vel legioni se adscribi patiantur. Quos etiam ob id cinguli militaris privatione, ac corporali pœna coercendos esse, in Belgio fœderato constitutum est: 7. *Febr.* 1673. 16. *Febr.* 1674. & 29. *Dec.* 1674. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 170. 184. 188.

TITULUS IV.

De fugitivis.

SUMMARIA.

1 *Qui dicantur fugitivi; qui pro talibus non habeantur; quo modo fugitivus distet ab errone?*
2 *Quid sint fugitivarii, quid indicium?*
3 *Quis, & quo modo servum fugitivum comprehendere possit? quo modo latitans fugitivus inquiri?*
4 *Quo modo coerceantur, qui dolo fugitivum occultarunt? quo modo ipsi fugitivi?*
5 *Jura de fugitivis transferri possunt ad damnatos ad triremes aut ergastula, si evaserunt; ad uxores, liberos homines proprios fugientes aut latitantes; ad subditos, qui contra Principum interdicta alteri populo operam navant; ad milites, qui a præfecto nondum missi, nomen alteri cohorti dant.*
6 *Parentes cognatos vicos aut pagos unde oriundi milites, non posse inquietari ob id, quod milites fugiunt aut latitant.*

1 Quia suadendo fugam servis serviles mores corrumpuntur, ordo desiderabat, ut de *fugitivis* ageretur, quales sunt, qui fugæ causa extra domum domini morantur, ea mente, ne redeant; etiamsi mutato forte consilio ad eum revertantur; animus enim primus non redeundi nocentes facit: unde fugitivus non est ille, in quo mens talis non apparet, quales sunt, qui fugiunt dominum iratum, quoad iracundia defervuerit; quique confugiunt ad statuas Principum aut asyla, ut dominus eos vendere jubeatur; & qui plagas domini metuentes ad amicum pro se deprecaturum sese proripuerunt: *l. quis sit:* 17. *pr. & §§. seqq. ad* §. 14. *l. bovem* 43. *qui ad amicum* 1. *ff. de ædilit. edict. l. fugitivus* 225. *ff. de verb. signif.* Per hanc vero mentem non redeundi distincti fuerunt fugitivi ab *erronibus*, qui non quidem fugiunt, sed frequenter sine causa vagantur,

&

& temporibus in res nugatorias consumptis serius domum redeunt: *d. l. quis sit* 17. §. *erronem* 14. & *seqq. ff. de ædilitio edicto:* licet in hoc titulo sub fugitivo & erronem comprehendi, Ulpianus scribat: *l.* 1. §. *fugitivum* 5. *ff. h. t.*

2 Fugitivorum occasione *fugitivarii* erant, qui fugitivos inquirebant & dominis indicabant, aut ad eos reducebant; pro quo *indicium*, id est præmium aliquod seu mercedem accipere poterant aut pacisci: *l. solent* 15. *l. si apud te* 18. *ff. de præscript. verbis: l. idem* 4. §. *ult. ff. de condict. ob turp. caussam:* quorum & Florus meminit *lib.* 3. *cap.* 19. cum de bellis servilibus ac servorum in dominos victoriis agens, ait, *itaque qui per fugitivarios distrahi debuissent, prætorios duces profugos ipsi sequebantur.* Adde Cujacium *lib.* 11. *observat. cap.* 18.

3 Quamvis autem nemo fugitivum alienum indicare, detegere, aut apprehendere teneatur: *l. qui vas* 48. §. *qui furem* 1. *l. furtum non committit:* 62. *ff. de furtis:* tamen unusquisque, qui fugitivum apprehendit, in publicum deducere debet, id est, vel magistratibus municipalibus vel publicis ministeriis tradere, diligenter etiam vinculis custodiendum, ne evadat; donec ad præfectum vigilum vel præsidem deducatur, & ejus nomen ac notæ, & cujus se esse dicat, ad magistratus deferantur, quo facilius dignoscatur per dominum ac recipiatur: *l.* 1. §. 3. 4. 6. 7. 8. *l.* 4. *ff. h. t.* a nullo apprehensum fugitivum sed latitantem requirere dominus potest, atque etiam publica munitus auctoritate, puta literis præsidis, quandoque & apparitore, facultatem habet ingrediendi tam Cæsaris quam senatorum & paganorum prædia, scrutandique cubilia atque vestigia occultantium; mulcta centum solidorum imposita tum magistratibus minoribus ac militibus stationariis, qui, literis acceptis, inquirentes non adjuvant, tum illis, qui quæri apud se prohibent: *l.* 1. §. *hoc autem* 2. *l. divus* 3. *ff. h. t.*

4 Cæterum, uti fugitivi furtum suis faciunt dominis per fugam: *l.* 1. *C. de servis fugitivis:* ita quoque qui servos fugitivos dolo malo scientes prudentesque celarunt, furti, ex jure Pandectarum, tenentur: *l.* 1. *pr. ff. h. t. l. qui vas* 48. §. *qui furem* 1. *ff. de furtis:* sed jure novo celantium pœna est quod servum fugitivum, si fiscalis sit, cum duodecim argenti libris fisco restituere; sin privatorum fuerit, cum altero tali vel solidis viginti repræsentare domino compellantur; & cum duobus aliis, aut solidis quadraginta ob repetitam occultationem; æstimatione judicis castigandi corporaliter, si solvendo non sint: *l. quicunque* 4. *l. pen. C. de servis fugitivis.* Ut tamen a pœnis hisce excusandi sint, qui non dolo sed errore probabili ducti receperunt vel occultarunt, cum putarent liberum esse; quique vel humanitate vel misericordia moti, vel ut domino custodirent: *l. doli verbum* 5. *ff. de servo corrupto: l. quicunque* 4. *in med. C. h. t. de servis fugitivis.* Nec fugitivorum restitutionem impedit, quod in arenam sese dederint: *l. ult. ff. h. t.* Et, si simplices fugitivi sint, etiam simpliciter dominis sine alia coercitione publica videntur reddendi: sin pro liberis se gesserint, gravius coercendi: *l. fugitivi* 2. *ff. h. t.* junct. *l. si quis dicat* 5. *ff. de manumissionibus:* si ad barbaros transeuntes deprehendantur, eos aut pede amputato debilitari, aut metallo dari; aut alia extraordinaria affici pœna, constitutum est: *l. si fugitivi* 3. *C. de servis fugitivis.*

5 Dicta hactenus de fugitivis non inepte nostris ac aliorum moribus ad eos transtuleris, qui ad triremes damnati inde aufugerint; aut ergasteriis publicis inclusi eruperint evaserintque; nec non ad monachos monasteria deserentes; ad liberos, uxores, homines proprios, a parentibus, maritis, dominis profugos: Veresius *ad tit. Cod. de servis fugitivis num. ult.* Sed & ad subditos, qui contra manifestas Principum suorum prohibitiones territorium egrediuntur, ut vel nomen militiæ peregrinæ dent, vel alteri Principi aut populo suam operam aut artificium in patriæ propriæ præjudicium addicant, veluti ad exercendam navium fabricam, balænarum capturam, navigationem in Indias, civium propriorum deprædationes terra marique instituendas; contra quos placita plura per Fœderati Belgii Ordines concepta vide *vol.* 2. *placitor. Holland. lib.* 4. *tit.* 13. *pag.* 291. & *seqq. ad pag.* 315. & *vol.* 3. *pag.* 242. & *seqq.* item *Artikel-Brief van d' Oost Indische Compagnie art.* 29. *d. vol.* 3. *pag.* 1314. insuper ad milites illos, qui alteri centurioni nomina sua dederunt, antequam essent a priore dimissi; de quibus leges militares, vulgo, *Militairen Artikel-Brief* 13. *August. anni* 1590. *art.* 16. 17. 56. 70. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 172. 173. 176. 178. & varia placita congesta *vol.* 2. *placit. Holl. lib.* 4. *tit.* 12. *part.* 1. *pag.* 274. & *seqq. ad pag.* 287. præsertim *placitum Ordin. general.* 3. *Novembris anno* 1601. *vol.* 2. *pag.* 2243.

6 Illud interim haud prætermittendum, illos quidem ipsos, qui post nomen militiæ datum militare nolunt, sed fugiunt aut latitant, coercendos esse; at eo nomine neque parentes fugientium aut latitantium, neque vicos aut pagos, quorum incolæ fuerunt, præfectis militaribus ullo modo teneri; secundum placitum Ordinum Generalium 4. *Augusti anni* 1603. *sæpius deinde renovatum art.* 6. *vol.* 2. *placit. Holland. pag.* 114.

TITULUS V.

De Aleatoribus.

SUMMARIA.

1 *Quales ludi liciti fuerint apud Romanos, & quantum potuerit hisce maximum esse victoriæ præmium ex sponsione?*

2 *Illicitus est aleæ ludus, & similes. Valet promissio, qua quis se obligat ad id, ne alea ludat, & pœnam pollicetur, si luserit.*

3 *Quæ pœnæ sint aleatorum, & aleatores recipientium? an ipsis impune furtum injuria fiat? an & per quos condici possit, quod in alea amissum?*

4 *Quæ sit pœna cogentium ad ludendum, vel instigantium filiosfam. alienos? & de non præstanda evictione rei in alea venditæ. An tertius, qui ludenti mutuam dedit pecuniam, repetere mutuum possit?*

5 *Quid si mutuum numeraverit collusor ipse, vel aleatorum receptator?*

6 *Quid moribus obtineat circa pœnas aleatorum? An & quando hodie amissa in alea repeti possint?*

7 *Amissa in alea, sed necdum soluta, an peti possint, si victus victori expromissores aut fidejussores aut pignora dederit?*

8 *Quæ in colludentibus obtinent, etiam locum habent in iis, qui de ludentium victoria sponsiones ineunt; & in genere, quid jure Romano circa sponsiones obtineat?*

9 *Si præmium sponsionis apud tertium depositum sit & victori redditum, an repeti possit? &, quid si necdum redditum sit victori, vel nondum victor appareat, an repetere quisque invito altero possit, quæ ita deposuit?*

10 *De urnis seu ollis fortunæ* (Loteryen) *& sponsionibus antiquis judicialibus; & qui sint videndi de aleatoribus?*

1 Ludi apud Romanos alii liciti fuerunt, alii illiciti. Liciti, in quibus ars dominatur, ac de virtute certamen est; quales quinque recenset Imperator in *l. 1. & ult. C. h. t.* puta, monobolon, contomonobolon, quintanum contacem sine fibula, perichyten, & hippicem. Quod & Paulus jurisconsultus fere expressit, cum ait, licitum fuisse ex senatusconsulto certare *hasta vel pilo jaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando: l. solent 2. §. 1. ff. h. t.* Nec dubium, quin pleraque hæc ludorum genera, a Græcis primitus adinventa, a Virgilio magna ex parte in lib. 5. Æneidos delineata, Romam deinde translata fuerint; dum memoriæ proditum, Herculem ante Romam conditam ludos Olympiacos instituisse singulis quinquenniis repetendos, ut Græciæ juventus sese exerceret cæstibus, cursu, saltu, disco, & palæstra, continuato quinque diebus certamine, ac victoribus olea coronatis, quibus & hic honor habebatur, ut sublimes curru insidentes, non per portam, sed per murorum dejectorum ruinas patriam intrarent. Confer Demsterum *in notis ad Rosini antiquit. lib. 5. cap. 1.* Natalem Comitem *mythologiæ lib. 5. cap. 1. 2. 3. 4.* His itaque certare ludis uti turpe habitum non fuit; ita & præmium victoriæ proponere, & in pecuniam, vel in id quod in convivio vescendi causa ponitur, ludere, adeoque de victoria sponsionem inire legibus variis permissum legimus: *d. l. solent. 2. §. 1. l. 3. l. 4. pr. ff. h. t.* dummodo secundum jus novum in singulas commissiones, seu singulos congressus aut vices, non ultra solidum unum a ditioribus collusoribus deponatur, ab aliis longe minus: *l. 1. in fine: l. ult. in med. C. h. t.* nam si in immodicam pecuniam lusum fuerit, amissum repeti potest, promissum peti nequit: *d. l. 1. in fin. C. h. t.* Quo fundamento reum, etiam contumaciter se non sistentem, cum ut victus ex ludo *scachorum* seu regio in magnam quantitatem a victore conveniretur, absolutum fuisse sententia judicis, commemorat Josephus de Sesse *decis. Arragoniæ 144. n. 11. & seqq. & in motivis subjunctis*. Adde statuta Antwerpiensia *tit. 54. art. ult.*

2 Illiciti ludi sunt, in quibus sors prædominatur, nec pro virtute certamen fit; qualis est alearum, & similium ei affinium: *l. in quibus 3. ff. h. t. l. 1. l. ult. C. h. t. l. ult. §. 1. C. de episcop. audient.* Etsi enim in rebus seriis insignis sæpe ac necessarius probatusque sortium usus fuerit: *§. optionis 23. Instit. de legatis: l. ult. in pr. C. commun. de legatis: l. sed cum ambo 14. ff. de judicus:* etiam in ipsis judicibus ex decuriis eligendis (confer Polletum *historia fori Romani lib. 5. cap. 7. fere in pr.*) tamen extra necessitatem per jocum lusumque abuti sorte, variis ex causis probrosum habitum: *d. l. 1. & ult.* Unde & animi vitiis adnumeratum a Jurisconsultis Romanis aleatorem esse; æque ac turpe creditum, vinarium quem, aut gulosum existere, aut impostorem, aut mendacem, aut litigiosum: *l. ob quæ 4. §. item 2. l. ædiles 25. §. hoc autem 6. ff. de ædilit. edict.* Ut proinde validæ censeri debeant omnes illæ conventiones, quibus id agitur, ut a ludis hujusmodi improbatis abstineatur; veluti, si alteri quis certam promiserit pecuniæ quantitatem aut rem velut pœnam, si aliquando alea luserit. Si enim licitæ sint stipulationes pœnales circa negotia & facta, quæ natura sua nec honesta nec turpia, sed moraliter, ut loquuntur, indifferentia sunt, ad id ne fiant, & pœna solvatur si facta sint: *§. ult. Instit. de verbor. obligat.* longe magis probandæ fuerint, si interponantur pro arcendis iis, quæ aut naturali aut civili ratione turpia habita legibusque interdicta. Nam & cum mulier ab eo, in cujus matrimonium conveniebat, stipulata esset ducenta, *si concubinæ tempore matrimonii consuetudinem repetiisset*; responsum fuit, nihil causæ esse, cur ex stipulatione, quæ ex bonis moribus concepta fuerat, mulier impleta conditione pecuniam adsequi non posset: *l. ex ea parte 121. §. mulier 1. ff. de verbor. oblig.* Quibus non contradicit Ulpianus, cum ait, si ob maleficium, *ne fiat*, promissum sit, nullam esse ex hac conventione obligationem: *l. jurisgentium 7. §. si ob maleficium 3. ff. de pactis:* cum non alius istorum verborum sensus sit, quam quod obligatio nulla nascatur ex ea conventione, qua quis alteri promisit dare, si is, cui facta promissio, a maleficio abstineret, veluti, quando Titius Mævio centum promittit, ne is sacrilegium aut furtum faciat, neve hominem occidat. Nec mirum, cum & datorum repetitio tali in casu per condictionem ex turpi causa a jure concessa sit, auctore ipso Ulpiano in *l. ut puta 2. ff. de condict. ob turpem causam*. Johan. Papon *lib. 10. tit. 1. arrest. 1. in notis; & in appendice arrest. 1.*

3 Cæterum variæ per leges Romanas pœnæ in odium aleatorum constitutæ sunt: nam qui domum præbuit ad ludendum, si eo tempore furtum ei domui suæ factum sit, vel ubicunque & quandocunque fuerit pulsatus, verberatus, injuriatus, damnumve passus, sive a lusoribus, sive ab aliis, nec pœnalem nec rei persecutoriam eo nomine actionem habet. Collusoribus tamen hæc passis actiones haud denegatæ; quamvis & hi indigni videantur: *l. 1. pr. & §. 1. 2. 3. ff. h. t.* Nec est, quod quis putet, ea ratione ad delinquendum unumquemque invitari:

cum

cum potius, si certiorem sequamur rationem; id ita cautum sit, ad vindicandum delictum eorum, qui aleatoribus præbebant occasionem locumque ludendi. Nam cum ad impediendum hunc ludum, propter frequentiam ejus, non sufficeret prætor cæterique magistratus, singuli ad puniendum aleatorum receptatorem auctoritate publica per edictum prætoris fuerunt armati: eo fere modo, quo id etiam factum in toto titulo, ac præcipue in *l. ult. ff. quod quisque juris in alterum statuerit*. Insuper domus, in qua lusum est, publicatur: *l. ult. C. h. t.* pecunia in alea amissa non exigitur, sed potius data super aleæ ludo causa irrita est ac condici potest; quin & id, quod ex alea jam solutum fuit, repeti per ludentem, aut hæredes ejus, ut & per patrem vel dominum ejus, qui in alea amisit; vel per fiscum aut episcopum vel præsidem, erogaturum recuperata in publicos usus; vel denique per quemlibet ex populo intra annos quinquaginta: *l. ult. §. 1. ff. h. t. l. 1. l. ult. C. h. t.* ita ut non modo victor ipse, sed & hæredes ejus ad restitutionem compellendi sint: *d. l. 1. C. h. t.* pater etiam ac dominus filiifamilias aut servi victoris, saltem quatenus ex eo lucro turpi in peculio est: *d. l. ult. §. 1. ff. h. t.*

4 Adhæc cogens alterum ad ludendum, sive ab initio, sive dum victus victorem retinet, extra ordinem coercendus est, ita ut vel pecuniaria mulctetur mulcta, vel in latumias aut vincula publica ducatur, prætoris arbitrio: *l. 1. §. ult. l. 2. ff. h. t.* Sed & instigans servum aut filiumfamilias ad ludendum patri vel domino injuriarum tenetur, vel servi corrupti actione: *l. si quis servum 26. ff. de injuriis*. Denique si aleator in alea rem vendat, & evicta re conveniatur, emptorem exceptione venditionis in alea contractæ potest summovere: *l. si filiofamilias 2. §. 1. ff. quarum rer. act. non datur: l. in exceptionibus 19. §. ult. ff. de probation.* Plane, si quis ludenti mutuam in alea dederit pecuniam ludendi causa, mutuum repetere nuspiam in jure nostro prohibetur: & repetitionem istius mutui suadet argumentum ex *l. quod si servus 5. §. nec non 6. ff. de in rem verso:* ubi in rem domini versum Labeo ait, quod mutuatus servus domino emit volenti ad luxuriæ materiam, unguenta forte, vel si quid ad delicias, vel si quid ad turpes sumptus subministravit; eo quod non spectamus, an bono domini cesserit, quod consumptum est, sed an in negotium domini. Si enim de in rem verso actio detur, cum pecunia servo credita ad turpes sumptus domino per servum subministrata est, quidni & directa competeret ex mutuo condictio, ubi domino sine intermedio servi ministerio in turpem aleæ ludum mutuum datum est? Facit quoque eo, quod in *d. l. 2. §. 1. ff. quarum rerum actio non datur*, emptio in alea celebrata haudquaquam irrita dicitur, sed potius firma esse ac valida supponitur; ac sola de evictione actio emptori denegatur; quæ denegatio actionis de evictione inanis omnino fuisset, si non substitisset venditio in alea contracta; cum in eo casu, quo emptio nulla est, disputatio quoque de evictione ac lis nulla esse queat. Tuenturque hanc sententiam Parladorius *rerum quotidianar. lib. 2. cap. 7. n. 12. 15.* Carpzovius *practica criminali part. 5. quæst. 134. n. 27.* Berlichius *decis. 66. n. 6.* (dissentit Groenewegen *de ll. abrog. ad Pand. h. t. n. 6.*) Nec recte in contrarium adducitur *l. si quis cum sciret 8. ff. pro emptore:* in qua Julianus improbare videtur emptionem ab eo factam, qui pretium numeravit venditori, cum sciret ipsum id mox scorto daturum, quando ait; *si quis, cum sciret, venditorem statim pecuniam consumpturum, servos ab eo emisset, plerique responderunt, eum nihilominus bonæ fidei emptorem esse; idque verius est: quo modo enim mala fide emisse videtur, qui a domino emit? nisi forte & is, qui a luxurioso & protinus scorto daturo pecuniam servos emerit, non usucapiet*. Etenim verba posteriora non tam priorum restrictionem continent, aut quandam exceptionem, sed magis præcedentium confirmationem; ut ita sensus legis sit, bonæ fidei emptorem esse & eum, qui scit, venditorem statim pecuniam consumpturum; non enim posse videri mala fide emisse, qui a domino emit: nisi quis simul vellet contendere, eum malæ fidei possessorem esse, ideoque nec usucapere posse, qui servos emit a luxurioso & protinus scortis pecuniam daturo; quod tamen falsum est; eo quod sola rei alienæ conscientia, non item pravi corruptique venditoris mores, emptorem efficiant malæ fidei possessorem. Atque hinc illud tanquam singulare fuit adnotatum in minore, quod ille adversus venditionem rerum a se factam restitutus, emptori reddere pretium non tenetur, si is tunc numeraverit, cum eum perditurum non ignoraret: sicut etiam contingit in ea pecunia, quæ minori consumpturo credita est, vel meretrici ex mandato adolescentis luxuriosi numerata; ut fere ait Paulus in *l. quod si minor 24. §. sed & si 4. ff. de minor. 25. annis:* & Ulpianus *l. si vero 12. §. si adolescens 11. ff. mandati*. Neque ab usu jurisconsultorum nostrorum, aut auctorum probatorum alienum est, phrasiologiam illam *nisi forte & is*, in *d. l. 8. ff. pro emptore* occurrentem non restringendi sed illustrandi ac magis urgendi causa usurpare, ut id a Celso factum in *l. Labeo 7. §. ult. in fine ff. de supellectile legata:* & pluribus docetur a Parladorio *rerum quotidianarum lib. 2. cap. 7. n. 13.*

5 Hæc ita, si tertius quis aleatori in ludum mutuam numeraverit pecuniam, nec lex municipalis aut consuetudo constans contrarium induxerit, uti id Antwerpiæ invaluisse constat, *consuet. Antwerp. tit. 54. art. 19.* Quod si a collusore victore id factum sit, sive directo, sive per interpositam personam, vel etiam a colludentium receptatore, repetitionem talis crediti cessare, frequentius interpretibus placuisse video. Paris de Puteo *tractatu de ludo n. 15. & seqq. ad n. 21.* Caccialupus *de ludo quæst. 8.* Stephanus Costa *de ludo sexto articulo principali*. Parladorius *rerum quotidian. lib. 2. cap. 7. n. 14. & seqq.* Berlichius *decis. 66.*

6 Hodiernis tamen moribus vulgo non tantum aleæ aut aleatorum odium est; (nisi quod ad avertendam rixarum occasionem vetitum est sub pœnæ arbitrariæ comminatione, ne quis aleam aliave similia aleæ ad ludendum instrumenta in navem bellicam inferre sustineat. *Artikel-Brief rakende den oorlog ter Zee 1. Decembr. 1690. artic. 36.*) adeo-

deoque nec tanto excipiuntur rigore aleatores aut eorum susceptores, atque quidem jure civili. Nam neque domus nunc publicari solet, nec impune susceptori aleatorum injuria vel furtum fit, teste Groenewegio ad *l.* 1. *ff. h. t.* Manente interim eadem, quæ quondam, turpitudine; etiam illis ipsis in locis, quorum incolis olim ex privilegio permissus legitur aleæ ludus; uti id Delphensibus & Monachodamensibus ex Comitum Hollandiæ concessione licuisse, refert Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 3. *cap.* 3. *n.* 116. ibique Groenewegen *in notis*. Quo fit, ut nunc, quicquid in alea amissum quidem at necdum solutum est, exactionem non habeat, nec de eo jus dicatur; & ex adverso quoque repetitio ejus, quod in alea amissum ac solutum est, haud indulgeatur; adeoque nunc illud obtineat in aleatoribus, quod jure communi Romano extra aleæ odium servatum fuit in casu, quo par promittentis & stipulantis, vel dantis & accipientis turpitudo erat, (uti revera etiam in collusoribus turpitudo æqualis est) meliorem nempe pari in turpitudine possidentis quam petentis aut repetentis conditionem esse; nec ex turpi causa promissi petitionem, nec soluti repetitionem dari: *l. penult. ff. de condict. ob turpem causam:* consuetudines Antwerpiæ *tit.* 54. *art.* 17. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 3. *cap.* 3. *n.* 117. Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 58. Carpzovius *practica criminali part.* 3. *quæst.* 134. *n.* 26. Josephus de Sesse *decis. Arragoniæ* 144. *n.* 20. *&* *n.* 31. *& seqq.* Groenewegen *de ll. abrogatis ad Pand. h. t. n.* 1. 2. Eo excepto, quod in Indiam orientalem aut occidentalem navigantibus repetitio ejus, quod alea in navi amissum est, Ordinum generalium placito non uno invenitur concessa. *Artikel-Brief van de Oost-Indische Compagnie anno* 1658. *art.* 77. 78. *vol.* 2. *placitor. pag.* 1298. item *anno* 1672. *art.* 77. 78. *vol.* 3. *pag.* 1320. item *Artikel-Brief van de West-Indische Compagnie anno* 1675. *art.* 46. *vol.* 3. *pag.* 1351. Quodque consuetudines Antwerpienses solutum reposci permittunt, quoties non numerata pecunia, sed vestes aut res aliæ, certo pretio æstimatæ, in alea sunt positæ & amissæ: *tit.* 54. *art.* 18. Quo modo & olim Leydæ atque Amstelodami jus fuit, ludentem ipsum ac uxorem ejus & consanguineos condicere potuisse, quicquid ultra argenti unciam aut æstimationem ejus alea perdidisset; teste Grotio *Manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 3. *n.* 118. 119. & Groenewegio *ibidem in notis*. Sane si falsitas in ludo commissa, ac per hoc victoria obtenta probetur, vix est, ut non quibuscunque aleatoribus, sive in pecuniam sive in res alias quascunque ludentibus, repetitio concedatur; quasi non tunc par sit colludentium turpitudo, ac propterea nec melior esse debeat conditio victoris possidentis, tum ludi probrosi tum falsitatis & doli opprobrio laborantis; dum sola ludi turpitudo in victo apparet. Groenewegen *de leg. abrog. ad Pand. h. t. n.* 3.

7 Neque obligationi amissorum in alea necdum solutorum, sed tantum promissorum, de quibus victo fidem victor habuit, firmitatem addet, quod forte aleator fidejussores, aut pignora vel expromissores dederit collusori vincenti in quantitatis amissæ securitatem: cum enim tota principalis obligatio ex alea descendens senatusconsulto Romano moribusque improbata sit: *l. solent* 2. §. 1. *ff. h. t.* nec pignus accessorium tenere debet, nec in fidejussores aliosque similes efficax actio danda est; sed potius repetendi pignoris licentia concedenda, etiam non soluto eo, quod amissum erat; idque argumento eorum, quæ de mulieris intercedentis fidejussoribus pignoribusque datis tradita inveniuntur: *l. si mulier* 16. §. 1. *l. ult.* §. *si mulier* 1. *ff. ad Senatuscons. Vellejanum*. Statut. Antwerpiens. *tit.* 54. *art.* 20. Parladorius *rerum quotid. lib.* 2. *cap.* 7. *num. ult.* Ant. Matthæus *de auctionibus lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 75.

8 Quæ de datis aut promissis per colludentes dicta, ad eos quoque pertinent, qui de horum colludentium victoria sponsionem datione vel promissione inierunt. Quamvis enim Christinæo *vol.* 2. *decis.* 93. Zypæo *in notitia juris Belgici, libr.* 3. *tit. ult. de religiosis & aleæ ludo*, aliisque placuerit, sponsiones illas haud improbatas esse, quasi eo ipso contrahi censeretur emptio periculi, ac constitui periculi pretium, juxta *l. periculi pretium* 5. *ff. de nautico fœnore:* tamen penitius verba d. legis quintæ excutienti non potest non contraria opinio magis probari; eo quod ita demum periculi pretium constitui ibidem permittitur, *si modo in aleæ speciem non cadat;* cadit autem procul dubio in aleæ speciem sponsio super ipso aleæ ludo ac incerto ejus fortuitoque eventu facta; adeoque inhonesta plane hujus sponsionis causa est, sponsionem efficacem esse non sinens: *l. si gratuitam* 17. §. *ult. ff. de præscriptis verbis*. Etsi enim circa ludos illos, in quibus de virtute certamen est, sponsionem facere liceat; in aliis tamen, ubi pro virtute certamen non fit, non licet: *l. in quibus* 3. *ff. h. t. d. l.* 17. §. *ult. ff. de præscriptis verbis:* sive secundum jam dicta de incerto aleæ eventu sponsio fiat, sive extra aleæ ludum de rebus futuris quibuscunque, quarum dubius plane & incertus eventus est, non ab industria arteque humana, sed casu pendens. Quales sponsiones ideo aleæ ludo exæquatæ sunt, sic ut moribus non magis de his quam de illis jus dici soleat, (exceptis mercium assecurationibus, de quibus alibi) & velut in pari spondentium turpitudine melior possidentis quam petentis conditio sit, sive solutum sive promissum tantum fuerit sponsionis præmium victori propositum. Zypæus *notit. juris Belgici lib.* 3. *tit. ult. de religiosis & aleæ lusu, in fine*. Wissenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disput.* 23. *n.* 18. Groenewegen ad *l.* 108. *ff. de verbor. obligat.* ibique plures citati. Imo quibus in casibus amissi in alea repetitionem mores hodierni concesserunt, iisdem etiam ejus, quod sponsione perditum fuit, reposcendi potestas est; secundum placita Ordinum generalium antea de ludo aleæ allegata. Adde Grotium *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 3. *cap.* 3. *n.* 114. 115. Neque sponsionibus hisce ullum in jure Romano, ut quidam perperam censent, patrocinium est; licet enim & illo & hodierno jure subsistant omnino stipulationes conditionales, etiam in incertum plane ac casualem eventum conceptæ, veluti si navis venerit, si Titius ex prælio salvus redierit, si prælio Belgæ superiores sint, si intra certum tempus pax redeat: arg. *l. a Titio ita* 108. *ff. de verbor. obligation.* quo fundamento pro sponsionum ju-

stitia ac validitate in Frisia judicatum fuit, ac plures eandem tuentur, Joh. a Sande *decis. Frisic. lib.* 5. *tit.* 9. *defin.* 1. Tuldenus ad *tit. C. de aleat. n.* 5. Peresius *ad Cod. d. tit. num. ult.* Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 10. Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 14. *n.* 11. non tamen ideo valent in eundem casum existentem aut deficientem reciprocæ promissiones, sponsionem facientes; eo quod tunc incipiunt aleæ prohibitæ naturam induere: nec longe abeunt ab institutionibus captatoriis, non minus hodie, quam jure civili reprobatis. Scilicet, ut institutiones hæredum sub conditione etiam casuali valent, si modo instituens eo animo sit, ut hæreditatem instituto quæsitam cupiat; ita quoque stipulationes conditionales subsistunt, ubi promissor id intendit primario, quod alteri velit ad dandum obligatus esse. Sed uti captatoria institutio inutilis est, quia tunc instituentis primarius scopus est, non alteri suam relinquere, sed sibi alienam captare & acquirere hæreditatem; ita quoque reciprocæ illæ in eundem casum evenientem aut deficientem promissiones inutiles censendæ sunt; quia neuter promittentium id primario intendit, ut alteri obligetur; sed id unum, ut alium sibi reddat devinctum, non promissurus, si credidisset, se ex eventu obligatum futurum. Non magis certe institutioni contrarium est hæreditatem velle acquirere, quam cum promissione pugnat animus acquirendæ obligationis.

9 Quod si penes sequestrem uterque spondens pecuniam aut res alias deposuerit, victori soli cessuras, & is secundum primam deponentium voluntatem victori reddiderit, vix dubium, quin ita penes victorem remanere debeant a sequestre præstita, quasi sine interposita sequestris persona victus victori amissa persolvisset. Plane ante solutionem a sequestre factam jure intercessarit tum victus, tum ante victoriam alteruter sponsionis pœnitens, ne victori sequester ea solvat, quæ pœnitens aut victus deposuit; quo facto, necesse foret, ut, quod quisque deposuit sponsionis causa, id ei a sequestre reddatur, quoties inhonesta sponsionis causa est, sic ut in aleæ ludum secundum ante dicta incidere videatur: *l. si gratuitam* 17. §. *ult. ff. de præscriptis verbis.* Anton. Matthæus *de obligation. disput.* 11. *num. ult.*

10 Ollas fortunæ quod attinet (vulgo *Loteryen*) etsi rarior ante apud nos earum usus fuerit, tanta tamen nunc, dum hæc scribo, in usus pauperum multiplicatorum frequentia est, ut jura earum a lippis magis atque tonsoribus, quam a Jurisconsultorum ordine didiceris. Et quod attinet sponsiones illas, quas & Romani veteres, & prisci Hollandi seculis superioribus frequentatas inter actorem & reum de victoria litis probarunt, de iis dictum *tit. de calumniatoribus circa fin.* Interim plura de alearum ludo & sponsionibus si quis desideraret, videat Paridem de Puteo, Joannem Baptistam Caccialupum, & Stephanum Costam libellis singularibus *de ludo* simul impressis in tomo septimo Oceani juris, uti & Jul. Clarum *Sent. lib.* 5. §. *ludus*. Parladorium *rerum quotid. lib.* 2. *cap.* 7. Josephum de Sesse *decis. regni Arragon.* 144. Berlichium *decis.* 66. Carpzovium *practica criminali part.* 3. *quæst.* 154. Straccham *de mercatura tractatu de sponsionibus*.

TITULUS VI.

Si Mensor falsum modum dixerit.

SUMMARIA.

1 *Quomodo, & quibus, ac qua actione teneantur, qui falsum modum renunciarunt, jure civili & hodierno?*

2 *Tenentur & qui per alium renunciarunt falsum modum. Nihil refert, quales & qualium rerum mensores sint, etiam tabularii in computatione, æstimatores jurati in æstimatione fallentes.*

3 *Actio hæc in factum demum datur, si aliæ ad indemnitatem actiones deficiant; nec contra hæredes datur; nec contra eos, qui nondum renunciarunt modum, sed tantum mensurationem fecerunt.*

4 *Falsi quoque accusari potest, qui dolo falsum modum renunciat; & mensuræ iniquæ per ædiles frangi.*

1 Mensores in finibus regundis aut cognoscendis aliisque multis negotiis adhibentur, ut modum seu mensuram renuncient; pro qua renunciatione etiam salarium seu honorarium recipiunt, non mercedem, cum neque locatio hic sit, neque opera mercenaria, sed magis ea, quæ beneficii loco præbetur: *l.* 1. *ff. h. t.* Sed quia interest nostra, ne fallamur in modi renunciatione, si quid tale contigerit, introducta est actio subsidiaria in factum, prætoria, perpetua, quia initium rei non a circumscriptione, sed a suscepto negotio originem accepit: *l.* 1. *l. hæc actio* 4. *ff. h. t.* quæ datur illis, quorum interest, sive emptores sint, sive venditores, aut alii quicunque per falsam modi renunciationem in damno hærentes, eorumque hæredibus, ad id quod interest: *l. si duobus* 3. §. *competit* 1. & §. *pen. ff. h. t.* Contra mensorem, falsum modum dolo vel lata culpa renunciantem, non item levi; cum sibi imputare læsus debeat, quod eum adhibuerit, qui imperite aut negliganter versatus est: nisi locatione interveniente mercedem mensor perceperit pro opera præstita, quo casu non quidem de levissima, sed da levi culpa tenetur: *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* atque ita hodiernis quoque moribus generaliter obtinuit, mensores non ex dolo tantum, sed & ex imperitia vel negligentia in modo dicendo, teneri. Grotius *Manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 3. *cap.* 37. *n.* 17. & *seqq.* Si plures renunciaverint, in solidum quidem in singulos actio est; sed unius præstatione cæteri liberantur: *l. si duobus* 3. *pr. ff. h. t.* Servo mensore renunciante, vel de peculio vel noxale judicium datur, cum neque delictum proprie neque contractus hic sit; sed initio quidem inspacto magis ad contractus, tanquam negotium susceptum, pertinere videatur; exitu vero considerato dolus ac circumscriptio, adeoque quædam delicti species: *d. l.* 3. §. *ult. l.* 4. *ff. h. t.*

2 Nec interest, utrum per se an per alium renunciaverit; ex substituti enim dolo tenetur, sive ei solam commiserit renunciationem, sive cum renuncia-

ciatione ipsam quoque mensurationem: *l.* 1. *§. ult. l.* 2. *ff. h. t.* Nec, utrum mensor machinarius sit, qui machinula mathematica utitur, an decempedator, qui decempedalem perticam adhibet, an alius, qui alio mensuræ genere interveniente modum denunciat: sive enim mensor in agris, sive in ædibus, sive in viarum itinerumque latitudine, sive in frumenti ac rerum reliquarum fungibilium quantitate, sive in computatione & calculo tabularius, sive in operis admensuratione architectus aut redemptor operis fefellerit, adversus eum hæc actio datur, etiamsi tabularii operumque redemptores mensores non sint: *l. si mensor* 5. *§. ult. l.* 6. *l.* 7. *pr. & §§. seqq. ff. h. t.* Nec forte perperam his accenseris æstimatores rerum, qui jurati faciunt æstimationem, si iniquam renuncient. Vide *novell.* 64. & Cujacium *ad eam*.

3 Non aliter tamen conveniendus hac actione qui falsum renunciavit modum, quam si læsus alia actione consequi nequeat ab alio indemnitatem; cum hæc subsidiaria sit: ut proinde prius ex empto actio vel indebiti condictio, aut alia similia juris remedia ordinaria tentanda sint, antequam ad hanc deveniatur: *l. si duobus* 5. *§.* 2. *&* 3. *l. si mensor* 5. *§.* 1. *ff. h. t. l. arbitrio* 18. *§. de eo* 3. *ff. de dolo*. Sed nec contra hæredes renunciantis hæc actio competit: *l. si duobus* 3. *§. pen. ff. h. t.* nec ei locus erit, si mensor non renunciaverit, sed tantum perperam mensuram fecerit; cum in renunciatione falsæ mensuræ delictum consistat: *l.* 1. *§. ult. ff. h. t.* Si tamen dolo malo renunciationem mensor protraxerit, & læsus inde fuerit is, cui modus renunciandus erat, actio de dolo dari potest: *l. si mensor* 5. *pr. ff. h. t.* ubi pro *liberetur* legendum esse *læderetur*, & suadet sensus legis: si enim venditor *liberatus* fuisset, cum nullum tunc posset damnum sentire, etiam de indemnitate, aut ad id quod interest, actione doli opus non esset.

4 Cæterum ipsas mensuras falsas seu iniquas auctoritate magistratus, præcipue ædilium, frangendas fuisse, colligi potest ex *l. item quæritur* 13. *§. si quis mensuras* 8. *ff. locati*: & in falsi crimen etiam incidere eum, qui sciens prudens falsum modum dixit, & velut ex crimine extraordinario accusari posse, colligi potest ex *l. pen. §.* 1. *ff. ad leg. Cornel. de falsis*: *l. annonam* 6. *§. ult. ff. de extraord. crimin. l. modios* 9. *l. ult. C. de susceptor*, quandoque & in furti vitium: *l. si quis uxori* 52. *§. majora* 22. *ff. de furtis*. Adde Menochium *de arbitrar. judic. casu* 517. Rittershusium *ad novellas part.* 3. *cap. ult. in fine*.

TITULUS VII.

De Religiosis & sumptibus funerum, & ut funus ducere liceat.

SUMMARIA.

1 *Quis sit locus religiosus? qui eum possit facere? an servitutem realem debens, si noceat domino prædii dominantis? an fructuarius invito proprietario, aut vice versa?*

2 *De cenotaphio. Illatione thesauri non fieri locum religiosum; & de pretiosorum cum cadavere illatione.*

3 *Qua actione teneatur, qui cadaver non jure illatum privata auctoritate ejecit? qua actione teneatur, et quibus, qui non jure cadaver intulit?*

4 *Locus illatione cadaveris religiosus factus, desinit esse in commercio. An tunc usucapi? an & quatenus legari vendi? & quo respectu videatur in nostra esse potestate?*

5 *De sepulchris familiaribus & hæreditariis, ac hodiernis. An filius exhæredatus in ea inferri possit? Et ubi secundum jus canonicum quisque sepeliri possit?*

6 *Quibus modis loca desinant religiosa esse?*

7 *Qui debeant defuncti funus curare; quid juris, si non curent illi, quibus id testator mandavit?*

8 *Quid sit actio funeraria pro repetendis impensis in funus? est ex quasi contractu. Cui detur, & contra quos? an & contra maritum pro rata lucri, quod ex dote capit?*

9 *Impensa funeris omne creditum sive chirographarium sive hypothecarum antecedit, cum bona solvendo non sunt.*

10 *An & is prælationem habeat, qui res funeri necessarias vel mutuam pecuniam credidit ei, qui funus fecit?*

11 *An & is, cui actio funeraria cessa est?*

12 *An actio funeraria privilegiata etiam ei detur, qui prohibente hærede funus fecit, vel, cum putaret, se hæredem esse?*

13 *An repeti possit sumptus in funus, si pietatis intuitu, vel nimis parce, vel immoderate factus sit? Et quid si id factum sit ex præscripto testatoris?*

14 *Recensentur plurima, quæ ad impensas in funus pertinent. An & vestes, quibus conjux conjugem luget?*

15 *An & impensæ in morbum postremum, an & in morbos anteriores, ex quibus defunctus convaluerat? impensæ morbi postremi communiter feruntur per hæredes defuncti conjugis & viduum viduamve superstitem, velut onus matrimonii.*

1 Locus religiosus est, in quo cadaver, sive liberi hominis, sive servi, aut præcipua ejus pars, puta caput, est reconditum: *l. locum* 2. *l. cum in diversis* 44. *ff. h. t.* si modo non temporis gratia depositum, sed quasi æterna sede dari destinatum sit: *l. divi fratres* 39. *& l.* 40. *ff. h. t.* atque insuper inferatur in locum proprium, aut in alienum, domino permittente, in communem socio consentiente, non eo invito: nisi aut commune sepulchrum sit; aut, cum locus purus esset, socius ipse sepeliendus sit alio commodo ad sepulturam loco destitutus: *§. religiosum* 9. *Instit. de rerum divis. l. si plures* 41. *ff. h. t.* Locum debentem servitutem realem dominus, invito eo, cui servitus acquisita, religiosum non facit; nisi dominus prædii dominantis non minus commode per alium locum servitute uti possit: *l. locum* 2. *§. locum* 6. *ff. h. t.* Nec locum usufru-

fructuarium proprietarius, nisi consentiente fructuario; nec fructuarius, nisi proprietarii voluntate: *l. locum* 2. §. *si usumfructum* 7. *l. sunt personæ* 43. *ff. h. t. l. locum autem* 17. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* eo excepto, quod, usufructu fundi legato, hæres ipsum testatorem in fundo fructuario jure sepeliat, quoties in alium locum inferri tam opportune non potest: *d. l. locum* 2. §. *si usumfructum* 7. *ff. h. t.* vel omnium bonorum ususfructus legatus est, sive uni, sive diversis; quo casu hæres eligere potest, invito fructuario, in quem fundum inferre velit, fructuario tamen indemnitatem præstiturus: *l. ult. ff. h. t.* Nec aliud juris est, si testator plenam fundi proprietatem alteri legaverit; sive enim pure sive sub conditione proprietas legato data sit, hæres ne pendente quidem conditione extraneum vel testatorem ipsum inferre potest; nec inferendo religiosum facit: *l. si locus* 34. *ff. h. t.* nisi & hic testator in locum alium inferri tam opportune non potuerit, quo casu legatario salva est ad indemnitatem actio, si modo sit in hæreditate, unde indemnis servetur: *l. scriptus hæres* 4. *l. & si quis* 14. §. 1. *in fin. l. ult.* §. *ult. ff. h. t.*

2 Cenotaphium, seu inane sepulchrum, quia proprie sepulchrum non est, sed monumentum memoriæ causa factum, non religiosis sed puris locis annumerari oportere, contra Virgilium divi fratres rescripserunt: *l. in tantum* 6. §. *ult. l.* 7. *ff. de divisione rerum: l. vel quod* 6. §. *si adhuc* 1. *l. monumentum* 42. *ff. h. t.* unde nec venditio ejus aut donatio aut alienatio alia prohibita est: *d. l.* 6. §. *si adhuc* 1. *ff. h. t. l. si sponsus* 5. §. *secundum hæc* 10. *ff. de donat. inter vir. & uxor.* Et quamvis illatione cadaveris aut reliquiarum post insecuta ex cenotaphio sepulchrum fiat: *d. l.* 42. *ff. h. t.* sola tamen illatione thesauri locum religiosum non fieri, Marcianus notat; quia, quod sepelire quis prohibetur, id religiosum facere non potest: *l. lege Julia* 4. §. *non fit* 6. *ff. ad leg. Jul. peculat.* Etsi enim ornamenta, pecuniam, aliaque his similia simul cum corporibus inferre tumulo, hominum simpliciorum mos fuerit: *l. ult.* §. *ult. ff. de auro, arg. leg. l. & si quis* 14. §. *non autem* 5. *ff. h. t.* tamen constitutionibus id vetitum dicitur: *d. l.* 4. §. 6. ideoque & voluntates defunctorum circa vestium aut rerum aliarum in tumulum illationes, ineptas esse invalidasque, Papinianus respondit *l. servo alieno* 115. §. *ult. ff. de legatis* 1. ac præcepta talia morientium impune per hæredes aut alios, quibus demandata funeris cura, potuisse sperni atque negligi, patet ex *l. ult.* §. *ult. ff. de auro, arg. legato: l.* 5. *C. de his quib. ut indign.* Confer de pretiosis in tumulum congeri solitis Demsterum *in notis ad Rosini Antiquit. lib.* 7. *cap.* 31. *fere circa finem.*

3 Cæterum, si quis cadaver aut reliquias intulerit in locum, in quem inferendi jus non habebat, etsi locum religiosum non faciat: *l. si quis putans* 6. §. *si quis* 6. *ff. communi dividundo: l. invito* 2. *C. h. t.* non tamen loci dominus ossa inde sine Principis aut Pontificis auctoritate (vel ex usu hodierno sine consensu œconomorum templi, Groenewegen *ad l.* 14. *C. h. t.*) eruere potuit, eo quod ipsa ossium translatio aliquid religionis in se continet; alioquin injuriarum actione tenetur, qui ejecit vel effodit: *l. ossa* 8. *ff. h. t. l. nemo* 14. *C. h. t.* (Confer Paulum *recept. sentent. lib.* 1. *tit. ult.*) sed potius ob talem illationem non jure factam prodita est in factum actio prætoria: *l. locum* 2. §. *prætor ait* 2. *ff. h. t.* perpetua, hæredibus & in hæredes competens, ad id, ut cadaver tollatur, vel loci aut arculæ pretium præstetur: *l. is, qui intulit* 7. *pr. &* §. 1. *ff. h. t.* qua experitur dominus loci, & fructuarius aut aliam habens servitutem illatione impeditam, & socius, quibus invitis aut ignorantibus secundum ante dicta mortuus illatus est: *l. locum* 2. §. *si usumfructum* 7. *l. ossa* 8. §. *nec solum* 4. *ff. h. t. l. si quis putans* 6. §. *si quis* 6. *ff. communi dividundo.* Nec socii intuitu contrarium evinci potest ex *d. l. locum* 2. §. 1. *ff. h. t.* cum ibi generaliter inquiratur, an socius ob illationem cadaveris in locum communem purum factam socio teneatur? ac simpliciter respondetur, eum familiæ erciscundæ vel communi dividundo actione teneri: non tamen exclusa hac in factum actione, quam etiam dari, aliunde constat ex *d. l.* 6. §. 6. Qua ratione & actionem pro socio ex hac causa in socium competere, Pomponius scripsit *l. si fundus* 39. *ff. pro socio:* atque ita in casu non dissimili trium actionum concursum notavit Ulpianus *l. si quis servum* 9. *pr. ff. de servo corrupto.* Non tamen bonæ fidei possessori, aut creditori, cui fundus oppignoratus, hæc in factum actio tributa est; cum possit debitor invito creditore & mortuum inferre, & ipse inferri, ac sola ei denegata inveniatur facultas concedendi alteri inferendi jus invito creditore: *l. locum* 2. §. 1. *& ult. l.* 3. *ff. h. t.* Potuit & inferens in locum alienum quandoque ad pœnam pecuniariam condemnari; etiam modice coerceri, si dolo malo id fecerit in locum usibus publicis destinatum: *l. locum* 2. §. *prætor ait* 2. *l. ossa* 8. §. *si in locum* 2. *ff. h. t.*

4 Contra vero, si cadaver eo illatum sit, quo inferendi jus est, locus uti religiosus fit (non totus, sed quatenus corpus humatum est, aut locus tanquam religiosus est definitus: *d. l.* 2. §. *sepulchrum est* 5. *ff. h. t. l. locum quidem* 9. *C. h. t. l. æde sacra* 73. §. 1. *ff. de contrah. empt. l. ult.* §. *pen. ff. quod vi aut clam.* Confer Brissonium *select. antiquit. lib.* 2. *cap.* 15. *&* 16. & commentatores *ad Horatii lib.* 1. *satyr.* 8.) ita quoque commerciis hominum incipit exemptus esse; sic ut nullus eum, tanquam suum ex jure Quiritium vindicare queat: *l. in rem actio* 23. §. 1. *l. quæ religiosis* 43. *ff. de rei vindic. l. si sepulchrum* 4. *C. h. t.* nullus etiam ei servitutem imponere: *l. servitutes* 14. §. *ult. ff. de servit. l. ult.* §. *si quis* 4. *ff. quod vi aut clam.* nec longa possessione jus sepulchri tribuatur illi, cui jure non competit: *l. pen. ff. de mortuo inferendo:* nec vendi vel donari ita possit, ut dominii jure in emptorem transiret; nec pignori obligari: *l. invito* 2. *l. locum* 9. *C. h. t. l. hanc legem* 22. *in fine l.* 23. *ff. de contrah. empt. vendit: l.* 1. *C. de sepulchro violato:* arg. *l. ossa* 8. §. *si locus* 1. *ff. h. t.* In quantum tamen habemus jus inferendi mortuum in nostrum sepulchrum, illud eo sensu nostrum dicitur, ac quisque mortuum inferre in locum suum: §. *religiosum* 9. *Instit. de*

re-

rerum divis. & interdictum de locis religiosis continere causam quasi proprietatis: *l. interdictorum* 2. §. *quædam* 2. *ff. de interdict. sive extraord. act.* jus sepulchri ad hæredes transire: *l. jus sepulchri* 13. *C. h. t.* restituta hæreditate aut ablata hæredi, tanquam indigno, jura sepulchrorum apud hæredem remanere: *l. quia perinde* 42. §. 1. *ff. ad senatusc. Trebell. l. si quis fuit:* 35. *ff. h. t.* Hinc quoque, licet monumentum ipsum legari nequeat, jus tamen mortuum inferendi legare quisque potuit: *l. monumenta* 14. *C. de legatis:* etiam titulo venditionis aliove simili in alium transferre, manente loci religione, dum una cum fundo, in quo sepulchrum est, illud transfert velut fundi accessionem, adeoque locus religiosus non specialiter venit, sed emptioni majoris partis accedit: *l. in modicis* 24. *ff. de contrah. empt.* Quemadmodum ex adverso ex eodem fundamento venditor fundum vendens, in quo locus religiosus est, nominatim sibi excipere atque servare potest sepulchri jus, lege addita venditioni, *nihil sacri aut religiosi venire: l. hanc legem* 22. *ff. de contrah. empt.* quo ipso simul etiam post venditionem adeundi sepulchri jus ei salvum esse Romani voluerunt, legibus scilicet vendendorum prædiorum dictantibus, *ut ad sepulchra, quæ in fundo sunt, iter ei, aditus, ambitus, funeris faciendi sit, l. utimur* 5. *ff. de sepulchro violato.*

5 Sepulchra Romani distinxerunt in familiaria & hæreditaria. Illa dixerunt, quæ quis sibi familiæque suæ constituit; hæc, quæ quis sibi hæredibusque suis: *l. familiaria* 5. *l.* 6. *ff. h. t. l. si sepulchrum* 4. *l. jus familiarium* 8. *l. jus sepulchri* 13. *C. h. t.* Brissonius *select. antiquit. lib.* 1. *cap.* 14. Quo respicit Seneca Tragicus cum in Troadibus, *actu* 5. *scen.* 1. *vers.* 484. Andromachen ita loquentem inducit:

Est tumulus ingens conjugis cari sacer,
Verendus hosti, mole quem immensa parens
Opibusque magnis struxit in luctus suos.

In luctus suos; id est, ut morientes ex familia quorum obitum lucturus erat, ibidem deponeret. Nec longe ab his abeunt nostratia, plerumque in templis haberi solita; quæ etiam venditione ita transferri, ut emptor deinceps mortui inferendi jus habeat, manente interim pristina loci religiosi natura, res expedita est, & notat Groenewegen ad §. 7. *Instit. de rer. divis.* in quæ sepulchra nostratia, tanquam hæreditaria, etiam filius exhæredatus, non obstante exhæredatione, sepeliri potest; nisi id specialiter testator justo odio commotus vetuerit: *l. vel quod* 6. *in med. ff. h. t.* Ant. Faber *Cod. lib.* 5. *tit.* 25. *defin.* 10. *in notis in fine.* Neque prætermittenda hac occasione videntur, quæ de sepulturis jure canonico inveniuntur disposita, liberam scilicet cuivis esse electionem, quo in loco sepeliri velit, salva paræciali ecclesiæ emolumenti parte: *cap.* 1. *cap. cum liberum* 6. *cap. in nostra præsentia* 10. *extra, de sepulturis:* sed si de electione tali non constet, eum tumulo majorum inferri oportere: *d. cap.* 1. *extra, de sepulturis, cap. is, qui habet* 3. 4. *de sepulturis in* 6. uxorem viro sepultura sociandam esse; & si pluribus juncta fuerit, cum postremo, cujus domicilium & honorem retinuit, tumulandam: *d. cap.* 3. *in fine de sepulturis in* 6. *cap. Ebron* 2. *causa* 13. *quæst.* 2.

6 Desinunt loca religiosa esse, si jussu pontificis aut Principis, quandoque etiam æstimatione præsidis, cadaver aut reliquiæ alio translatæ sint: arg. *l. t. l. pen. C. h. t. l. ossa* 8. *ff. h. t.* vel ipsa loca ab hostibus capta; quo tamen casu superest postliminii spes: *cum loca* 36. *ff. h. t. l. sepulchra* 4. *ff. de sepulchro violato.*

7 Cæterum funus eum facere oportet, quem decedens elegit; *quidam enim*, inquit Seneca de brevitate vitæ in fine, *disponunt etiam illa, quæ ultra vitam sunt, moles magnas sepulchrorum, & operum publicorum dedicationes, & ad rogum munera & ambitiosas exequias.* Idque subinde etiam non sine justa ratione, dum metuunt, ne illi aut negligentes nimis sint, aut parci, ad quos ea res pertinet. *Tam rara*, ait Plinius lib. 6. epist. 10. *in amicitiis fides, tam parata oblivio mortuorum, ut ipsi nobis debeamus conditoria exstruere, omniaque hæredum officia præsumere.* Quod si electus non paruerit voluntati defuncti, repellitur ab emolumento, quod ob hoc ei relictum est: *l. si quis sepulchrum* 12. §. *funus* 4. *ff. h. t.* aut si relicta jam acceperit, nec tamen funus duxerit, vel actione doli restituere, vel extra ordinem a prætore funus ducere compellitur: *l. & si quis* 14. §. *si cui* 2. *ff. h. t.* quod non correctum per *l. non oportet* 5. *C. de his quibus ut indignis:* cum illa de iis agat, qui modum funeris a testatore præscriptum non servarunt, quia forte stolidus aut ineptus erat, ideoque non implendus; quales occurrunt in *l. ult.* §. *ult. de auro, arg. legato: l. & si quis* 14. §. *non autem* 5. *ff. h. t. l. servo alieno* 113. §. *ult. ff. de legatis* 1. *l. quidam* 27. *ff. de condition. institut.* Si nihil mandatario relictum sit, nullam neglectæ voluntatis pœnam subit: *d. l.* 12. §. 4. *ff. h. t.* Si defunctus nulli delegaverit funerandi munus, hæredes scriptos ea res continget; si nemo scriptus est, legitimos, vel cognatos quosque suo ordine, quo succedunt: *d. l.* 12. §. 4. *ff. h. t.* His quoque cessantibus, magistratus officium est, curare, ut defunctus funeretur ex pecunia rebusve suis: *d. l.* 12. §. *ult. l.* 13. *ff. h. t.* Quin imo, quilibet, ad quem funus proprie non pertinet, utcunque plane extraneus, funus facere potest, ne insepulta cadavera jacerent; impensas actione funeraria repetiturus, ne de alieno quis funeretur: *d. l.* 12. §. 3. *ff. h. t.*

8 Quæ funeraria actio est subsidiaria, aliis demum actionibus deficientibus accommodanda: *l. & si quis* 14. §. *Labeo ait* 12. *ff. h. t.* rei persecutoria, perpetua: *l. si filiusfamilias* 31. §. *ult. ff. h. t.* bonæ fidei, ex quasi contractu; quippe species actionis negotiorum gestorum: *l. & si quis* 14. §. *fortassis* 9. & §. *idem Labeo* 13. *ff. h. t.* arg. *l. ait prætor* 3. §. *hæc verba* 6. *ff. de negotiis gestis:* in quantum scilicet impensa funeris non defuncti, sed hæredis, ad funerandum obligati, æs alienum esse, & funus ad hæredem pertinere dicitur: *l. filiusfamilias* 19. junct. *l. & ideo* 7. §. *illud:* 3. *ff. de in rem verso:* ac proinde, quod Ulpianus scripsit, *qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum hærede: l.*

1. *ff. h. t.* non alio sensu accipiendum videtur, quam quod impendens propter defunctum magis, pietate ductus, quam propter hæredem sumptus fecisse credendus sit; ad id ut impensa talis non ex hæredis sed defuncti bonis præstetur, quod is non de alieno sed de suo funeretur, juxta *d. l. si quis* 12. §. *hoc edictum* 3. *&* *l. & si quis* 14. §. 1. *in med. ff. h. t.* unde & ex bonis defuncti deducenda fuit impensa funeris, antequam falcidiæ ratio ineretur: §. *ult. Inst. de lege Falcidia:* uti & per hæredem, inventario confecto hæreditatem adeuntem: *l. ult.* §. *in computatione* 9. *C. de jure deliberandi*. Competit autem hæc actio ei, qui in funus impendit, vel impendi mandavit: soli enim mandanti tunc, at non mandatario datur, cui contra mandantem mandati actio est; nisi pupillus sine tutoris auctoritate mandasset, atque ita mandatum esset ipso jure nullum; quo casu utilis actio danda ei, qui impendit: *d. l. & si quis* 14. §. *qui mandatu* 15. *ff. h. t.* idque generaliter adversus eos, ad quos funus pertinet, hæredes civiles vel prætorios: *l. & si quis* 14. §. *ult. l.* 15. *ff. h. t.* dominos, & patres, quorum servi aut filiifamilias funerati sunt; ut tamen ante patrem conveniendi sint hæredes filiifamilias, si quos habeat in suis peculiis: *l. in patrem* 21. *l. si filiusfamilias* 31. *pr. &* §. 1. *ff. h. t.* ut & maritus filiæfamilias pro ea parta, qua dotem lucratus est. Considerandum enim, Romanis placuisse, ut non modo tunc, cum uxor inops & indotata fuit, ac sine hærede decessit, onus funerandi uxorem pertineret ad maritum, saltem in id, quod facere potest, impendenti in funus uxoris suæ condemnandum; quia injuria ejus videretur, quondam uxorem ejus insepultam relinqui: *l. quod si nulla* 28. *ff. h. t.* (quod & moribus servatur. Jacob. Coren *observat.* 38. *n.* 61. 62. Abr. a Wesel *de connubiali bonorum communione tract.* 2. *cap.* 3. *n.* 105. *& seqq.*) sed & ut in opulentæ ac patrem aut hæredes alios habentis uxoris funus conferret pro rata lucri penes eum ex dota remanentis; sicut illa ex dote, quæ penes maritum remanet, & cæteris suis bonis funeranda fuerit, proportione ea, ut, si in dote, mariti lucro cedente, centum sint, in hæreditate ducenta, duas partes hæres, unam vir, conferre teneretur, ne deductis quidem prius per testatorem legatis, aut servorum manumissorum pretiis, aut ære alieno: *l. Celsus scribit* 22. *& ll. seqq. ff. h. t.* Quod jus nostris moribus non videtur servari, dum maritus ratione lucri, quod ex dote vi pacti dotalis aut statuti capit, donatarii potius aut legatarii, quam successoris universalis loco habetur. Groenewegen *de leg. abrog. ad l.* 16. *ff. h. t.* & plures ab eo citati. D. Someren *de jure novercarum cap.* 8. *n.* 1.

9 Cohæret huic actioni privilegium prælationis, dum favore sepulturæ inductum fuit, impensam funeris semper ex hæreditate deduci & omne creditum præcedere, cum bona solvendo non sunt: *l. impensa funeris* 45. *ff. h. t.* summa namque visa fuit esse ratio, quæ pro religione facit: *l. sunt personæ* 43. *in fine ff. h. t.* In quam sententiam etiam a Paulo *recept. sent. lib.* 1, *tit. ult.* verbis generalissimis scriptum est, *quicquid in funus erogatur, inter æs alienum primo loco deduci*. Ut proinde audiendi non sint, qui prælationem ad chirographarios restringunt creditores, & hypothecariis hoc creditum in funus postponunt; moti rescripto Imperatorum, definiente, *eos, qui acceperunt pignus, cum in rem actionem habeant, privilegiis omnibus, quæ personalibus actionibus competunt, præferri: l. eos, qui* 9. *C. qui potiores in pign.* Primo namque restrictionem talem non facile admiserint tam absoluta & generalia Mæciani in *d. l.* 45. & Pauli effata. Deinde refragatur ei, quod Ulpianus cum Pomponio tradidit, si colonus vel inquilinus mortuus sit, nec sit unde funeretur, ex illatis invectis eum funerandum esse, &, si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri: *l. & si quis* 14. §. *si colonus* 1. *ff. h. t.* Cum enim constet certo, inquilini invecta illata urbanum in prædium tacite pro pensionibus domino ædium locatori pignori obligata esse, coloni res expressa conventione teneri rusticorum prædiorum locatori: *l. eo jure* 4. *ff. in quib. caus. pign. vel hypot. tacite contrah.* alterum necesse fuit, puta, aut credentem in funus locatori ædium vel fundi hypothecam habenti non præferri; aut, si potior sit, (uti textus habet) generaliter a jurisconsultis dicta etiam generaliter de prælatione ante omnes tam hypothecarios, quam chirographarios accipi oportere, nec recte ad chirographarios tantum restringi. Juvatque hanc sententiam, quod in *l. ult.* §. *in computatione* 9. *C. de jure deliberandi*: hæredi, cum inventario adeunti, data fuit licentia excipiendi & retinendi quicquid *in funus expendit*, vel in testamenti insinuationem, vel inventarii confectionem, vel in alias necessarias causas hæreditatis: in reliquis vero, si quid defunctus ei debuerit, simillem cum aliis creditoribus fortunam habere debeat. Constat etenim, necessarios sumptus ita ante omnia credita quantumcunque privilegiata venire, ut ne patrimonium quidem esse intelligatur, nisi deducto eo, quod explicandarum venditionum causa, aut aliter necessario impensum est: *l. quod privilegium* 8. *ff. depositi: l. quantitas* 72. *ff. ad leg. Falcid.* Si ergo cum his impensis simul primo loco positus funeris sumptus per hæredem secundum *d. l. ult.* §. 9. deducendus sit, quis, quæso, amplius dubitandum putaverit, quin & omne creditum antecedere debeat, cum bona solvendo non sunt. Quibus consequens est, ut fateamur quidem, in *d. l.* 9. *C. qui pot. in pignore*, regulam tradi; ab illa autem regula exceptionem ponamus in credito funerario, religionis favore. Garsias *de expensis & meliorat. cap.* 8. *n.* 18. 23. *& seqq.* Jacobus Coren *observ.* 38. *n.* 25. *& seqq.* Berlichius *conclus. pract. part.* 1. *concl.* 64. *n.* 84. *& seqq.* Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 28. *defin.* 39. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 6. *&* 7.

10 Neque interesse puto, utrum quis res funeri faciendo necessarias crediderit, an hæredi aut alteri funeranti mutuam dederit pecuniam funerandi gratia, si modo nominatim in eum usum credita, ac re ipsa quoqua in id erogata doceatur. Si enim legalem hypothecam & prælationem inter creditores non ille tantum habeat, qui domino ædium materiam refectioni necessariam credidit, sed & qui vel ædium domino vel redemptori operis ex domini manda-

dato pecuniam ob restitutionem ædificii muinam dedit: *l. 1. ff. in quib. causis pignus vel hypot. tacite contrahitur: l. si ventri 24. §. divus 1. ff. de rebus auctor. jud. possidendis:* ratio non apparet, cur non eodem modo privilegiatus esset, qui nummos in funus vere expensos, quam qui res ad funus requisitas, funeranti subministravit. Gratianus *discept. for. cap. 94. n. 11. & sequentib.*

11 Ei quoque, cui per credentem in funus cessa fuit actio funeraria, privilegium prælationis ante alios creditores haud videtur denegandum. Etsi enim privilegium hoc prælationis, quod cohæret actioni funerariæ, personale dici possit, in quantum nullum jus hypothecæ a lege datum invenitur; tamen, quia non contemplatione personæ credentis indultum est, sed magis causæ intuitu ac sepulturæ favore; adeo ut etiam ad hæredes credentis reliquosque successores transeat; *l. si filiusfamilias 31. §. ult. ff. h. t.* nihil vetat, quo minus & cessionario prodesse debeat. Nam & restitutionis beneficium, quod minoribus læsis indulgeri consuevit, uti ipsorum prodest hæredibus: *l. minor autem 18. §. ult. l. 19. ff. de minor. 25. annis:* ita quoque his, quibus suum minores jus cesserunt, utile esse, patet ex *l. quod si minor 24. pr. ff. de minor. 25. annis: l. alterius 20. §. 1. ff. de tutelæ & ration. distrah. l. si minoris 25. ff. de admin. & peric. tutor.* cum tamen restitutionis beneficium magis, quam actionis funerariæ privilegium, personæ intuitu concessum sit, adeo ut mixtam inter personæ & rei beneficia vel jura causam obtinere censeatur. Denique si in omnibus causis id observetur, ut, ubi personæ conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficiat; ubi vero genus actionis id desiderat, ibi, ad quemvis persecutio ejus devenerit, non deficiat ratio auxilii: *l. in omnibus causis 68. ff. de regul. juris:* necesse fuerit, ut hæc quoque non personæ, sed actionis funerariæ, prærogativa iis salva sit, in quos actio cessione translata est. Adde *l. quæsitum est 17. pr. ff. de reb. aut. jud. possid.* Bronchorst *enant. cent. 4. assert. 90.* Ant. Matthæus *de auct. lib. 2. cap. 6. n. 31. in medio.*

12 Nec actione hac funeraria vel privilegio ejus carere debet, qui prohibente forte hærede funus curavit; si modo vel cura humandi ei a defuncto mandata sit, vel hæres ipse diutius cessaverit in pio funerandi officio præstando: *l. & si quis 14. §. idem Labeo 13. ff. h. t.* Uti nec, qui funus fecit, cum se hæredem esse, adeoque ad se funus pertinere, putaret, si postea hæreditatis petitione victus hæredi vero hæreditatem restituerit, impensis funeris haud deductis: *d. l. 14. §. si quis, dum 11. l. si possessor 32. ff. h. t.* Quod utrumque singulare quidem est, ac ab ordinaria actionis negotiorum gestorum natura alienum; quippe in qua repetitionem sumptuum non habet, qui inviti & prohibentis negotia gessit: *l. ult. C. de negotiis gestis: l. si pro te 40. ff. mandati:* quive aliena tractavit ut sua; uti dictum *tit. de negot. gestis:* sed ob sepulturæ favorem placuit, non meram hic negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius æquitatem sequi: *d. l. 14. §. idem Labeo 13. in fine ff. h. t.*

13 Cessat tamen repetitio impendiorum in funus, si pietatis intuitu sine animo repetendi funus defuncto factum sit; quod ex conjecturis æstimandum est, considerata affectione in defunctum, aliisque; sed quia conjecturæ hujusmodi fallaces sæpe sunt, consultum funeranti est, ab initio testari, quo animo funeret, ne postea patiatur quæstionem: *d. l. 14. §. sed interdum 7. 8. & §. 9. ff. h. t.* Et quia defunctum unumquemque pro facultatibus suis ac dignitate funereri conveniens est: *l. si quis sepulchrum 12. §. pen. ff. h. t.* Ideo sumptuum rationem judex non habebit, si forte nimium modici, ac parce nimis in contumeliam defuncti hominis locupletis facti sint, sic ut non in honorem sed injuriam ac dedecus defuncti hic sumptus cesserit: *d. l. 14. §. judicem 10. ff. h. t.* Rebuffus *ad constit. reg. tom. 1. de sentent. provisional. in præfat. n. 52. 53.* Uti vice versa immoderatorum quoque impendiorum, facultates & conditionem defuncti superantium, repetitiönem concedi non oportet; sed tantum eatenus, quatenus ex æquo & bono in hominis istiusmodi funus impendendum fuerat, arbitrio judicis definiendum. Neque immodice erogantem juvabit, quod id fecerit ex testatoris præscripto ac voluntate: nam uti stolida atque ridicule defunctorum elogia implenda non sunt; ita nec voluntati ipsorum parendum in eo, quod justam egreditur sumptus rationem: *l. & si quis 14. §. hæc actio 6.* junct. *§. non autem 5. ff. h. t. l. servo alieno 113. §. ult. ff. de legatis 1. l. quidam 27. ff. de condit. institution.*

14 Funeris causa sumptus proprie factus intelligitur non ille, qui ad meram ostentationem ambitionemque spectat, veluti, cum præter id, quod monumenti, id est, causa muniendi ejus loci, in quo cadaver impositum, factum est, insuper amplum quid ædificatum fuit, quales sunt in circum porticationes: *l. funeris sumptus 37. §. 1. in fine ff. h. t.* sed potius is tantum, qui ideo erogatus fuit, ut funus ducatur, & sine quo ex usu regionis ac qualitate funerandi duci non posset; ut puta, si quid impensum sit in deletionem mortui; in locum, quo mortuus inferendus est; in marmor, aut vestem collocandam; in cadaveris custodiam aut commendationem; in sarcophagum; in arcam lapideam; in vecturam peregre mortui ad locum, ubi dein humandus est; in vectigal eo nomine pendendum; (etsi *lex ult. C. h. t.* ex basilicis restituta, vetet vectigalis exactionem) in odores & unguenta cadaveri applicanda; in libitinarium & pollinctores: *l. & si quis 14. §. funeris causa 3. 4. l. funeris sumptus 37. ff. h. t. l. & ideo 7. §. illud plane 3. ff. de in rem verso:* arg. *l. cuicumque 5. §. idem ait 8. ff. de institoria act.* Quibus addunt ex hodierno funerandi more rituque, quod vespis seu vespillonibus, (de quibus Festus in verbo *vespæ*) quod æditui, quod pro clangore tintinnabulorum, pro chirothecis, pro veste lugubri expenditur: item, quod pro insignibus aut faciendis, aut præferendis: vini pretium, quo exequias euntes honorantur, ipsumque adeo convivium funebre, & si qua alia, in quibus nimium quantum sibi indulget ambitio civitatum; ut ait Ant. Matthæus *de auction. lib 1. cap. 19. n. 9. in fine.* Berlichius *conclus. pract. part. 1. conclus. 64. n. 88. & seqq.* Carpzovius *defin. forens. part. 1. constit. 28. def. 41.* Addunt alii vestem, qua conjux conjugem, qua famuli aut ancillæ dominum domi-

nam-

namve defunctam ex consuetudine recepta lugent, suspensa quoque luctus vela, & quæ carpento pensili obducuntur pulla, si isto vehiculi genere conjuges stante matrimonio uti soliti. D. Someren *de jure novercarum cap.* 8. *n.* 2. 5. Abrah. a Wesel *de connubial. bonor. societate tract.* 2. *cap.* 5. *n.* 89. *& seqq.* quæ admitti poterunt, si usus regionis ferat, ut conjux superstes non suo, sed conjugis defuncti sumptu lugeat; uti id Ultrajectinis probatum est; nam ei regionis jus sit, ut propriis impensis conjux conjugem lugeat (quod Hollandis placet, teste Groenewegio *ad l. unic.* §. 7. *C. de rei uxor. act. n.* 4. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 277. *in fine*.) vix est, ut tunc is, qui vestem lugubrem superstiti credidit, privilegiatam habeat actionem; cum illa non detur, nisi adversus eos, ad quos funus defuncti pertinet, talis autem vestium creditor in usum defuncti non crediderit, neque hæredem ista impensa gravet, aut hæreditati imputetur. Jac. Coren *observat.* 38. *n.* 53. *& seqq.*

15 Quin imo, quamvis jure Romano verius sit, in medicos & chirurgos erogata morbi postremi occasione non contineri sub impensis in funus, ac propterea nec adeo favorabilem aut privilegiatam esse eorum exactionem; dum altum de tali in prælatione in nostro juris corpore silentium est, neque privilegia sine lege extensionem ad ea, quæ ne omni quidem ex parte similem causam habent, patiuntur; tamen, cum vetustiores interpretes invenirent, in *l. funeris sumptus* 37. *ff. h. t.* unguenta corporis causa adhibita sumptibus funeris accenseri; conjungi quoque sumptus in funus & defuncti morbum aut infirmitatem erogatos, dum possessori victo in petitione hæreditatis permittitur ista simul deducere ex hæreditate restituenda: *l. in restituenda* 4. *C. de petit. hæred.* & repetitio eorum simul conceditur ei, qui in morbum aut funus impendit: *l. legatum* 3. *C. h. t.* (parum considerantes, in *d. l.* 37. non de unguentis ad medicinam spectantibus, sed iis, quæ cadaveris adversus putredinem conservandi gratia adhiberi solita, sermonem esse; & in *d. l.* 3. & *d. l.* 4. petitionem quidem aut deductionem erogatorum concedi, de prælatione vero aut privilegio nihil definiri) in eam plerique opinionem abierunt, ut parem erogatis in morbum & funus prælationem vindicaverint; & hoc jus etiam in forum traduxerint, adeo longa nunc passim rerum perpetuo similiter judicatarum serie firmatum probatumque, ut ab eo recedere in respondendo consultum non sit. Dummodo meminerimus, hanc ipsam sententiam, non ratione, sed errore primum, deinde velut consuetudine obtentam, vulgo ad solos referri sumptus in morbum postremum factos, non item in alios, ex quibus ante defunctus ope medica convaluit ac restitutus est: etsi ita fiat, ut honoraria medicorum, ex artis suæ præceptis fideliter feliciterque curantium, postponantur subinde posterioribus eorum salariis, qui sua vel imprudentia vel imperitia potuerunt moriendi causam defuncto præbuisse, quorumque errorem terra tegit. Vide Berlichium *conclus. pract. part.* 1. *conclus.* 64. *n.* 94. *& multis seqq.* Carpzovium *definit. forens. part.* 1. *constit.* 28. *defin.* 43. 45. 46. Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 8. 9. Neque etiam prætermittendum, non obstante ea moribus recepta prælatione ratione impensarum in morbum postremum; eas tamen non solum conjugis defuncti hæredem gravaturas, sed magis communioni conjugali imputandas esse, adeoque pro sola parte dimidia per hæredem, pro altera per conjugem superstitem, velut damna constante matrimonio evenientia, ferri oportere. Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 5. *defin.* 8. *in pr.* Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. *ult. Instit. ad leg. Falcid. n.* 3. Wesel *de connub. bonor. societ. tract.* 2. *cap.* 5. *n.* 101. *& seqq.*

TITULUS VIII.

De Mortuo inferendo & Sepulchro ædificando.

SUMMARIA.

1 *Qui prohibitus est inferre mortuum, cum haberet inferendi jus, habet actionem in factum ad id quod interest; quæ nec hæredi, nec in hæredem datur. Et quæ ejus rei ratio sit, ad explicationem* l. 9. ff. de religiosis.

2 *Si prohibitus inferre non habeat locum alium commodum, agit statim interdicto, ne vis fiat* mortuum inferenti. *Vincere eo potest & ille, qui non habet inferendi jus, quæ hujus rei ratio sit?*

3 *Qui sepulchrum habet, non viam ad illud, ei via per vicinos concedenda est.*

4 *De interdicto* de sepulchro ædificando vel reficiendo.

1 Cum favorabilis admodum publice privatimque sit sepultura cadaverum, neque per privatos neque per magistratus impedienda fuit sine justa causa, nec vexanda fuerunt cadavera, aut detinenda, nec prohibenda eorum translatio per territoria oppidorum; ut tamen transferendi licentia impetranda fuerit ab illis, quibus permittendi jus est: *l. prætor ait* 5. §. *non perpetuæ* 4. *ff. de sepulchro violato: l. ne corpora* 38. *ff. de religiosis*. Quod si funerare cupiens, vel procurator ejus, prohibitus ab alio sit inferre mortuum in eum locum, in quem inferendi jus est, agere potest adversus prohibentem actione in factum ad id quod interest; in quam computationem cadit loci empti pretium aut conducti merces, item loci sui pretium, quem quis, nisi coactus, religiosum facturus non esset: *l. ossa* 8. §. *ult. l.* 9. *ff. de religiosis:* sive directo prohibeatur inferre, sive itinere aut via ad inferendum necessaria arceatur: *l.* 1. §. 1. *&* 3. *ff. h. t.* Quæ actio nec hæredi nec in hæredem competit, inter prohibentem tamen & prohibitum perpetuo datur: *d. l.* 9. Quod ipsum constare, miratur Gajus, rationem non assecutus, *d. l.* 9. minus miratur Ant. Faber in rationalibus *ad d. l.* 9. rationem e longinquo velut per nebulam vidisse visus: omnem vero admirationem non ita pridem valere jussit Cl. D. Van Eck *disput.* 3. *de hæreditar. action. & exception. thes.* 8. Constat scilicet, injuriarum actionem locum habere, quoties cadaveri defuncti vel funeri injuria facta est, sive ante sive post hæreditatis aditionem: *l.* 1. §. *quotiens* 6. *ff. de injuriis:* eamque injuriam non tantum per illos inferri, qui jam humatum ejece-

runt

runt cadaver, aut statuam defuncti in monumento positam saxis petiverunt, juxta *l. ossa* 8. *pr. ff. de religiosis: l. si statua* 27. *ff. de injuriis:* sed & per eum, qui tentaverit sepulturam impedire, uti semel iterumque testatur Imperator *in l. ult. C. de sepulchro violato*. Quemadmodum ergo injuriarum actio ex principiis notissimis nec hæredi nec in hæredem datur: §. 1. *Institut. de perpet. & temporal. act.* ita nec mirum videri debuit, hanc in factum actionem, pro ultione injuriæ cadaveri illatæ potissimum comparatam, nec hæredi dari, nec in hæredem. Nec est, quod quis neget, ultionem & vindictam injuriæ hac contineri actione, quia id quod interest actor persequitur. Nam & sepulchri violati judicio id, quod interest, peti potest, quod tamen non tantum ex lucro ejus, qui violavit, vel ex damno illato æstimatur, sed & ex injuria, quæ facta est: *l. prætor ait* 3. §. *qui de sepulchri* 8. *ff. de sepulchro violato:* sic ut ista actio, utcunque ad id quod interest tendere dicatur, nihilominus ad ultionem magis pertineat, quam ad rem familiarem: *l. sepulchri violati actio* 6. *l. quæsitum* 10. *ff. de sepulchro violato*. Neque turbare quemquam debet, quod hæc actio non perpetua sed annalis esse debuisset, si ad injuriarum actionem potuisset referri; perpetuum enim non est, injuriarum actionem anno terminari; non utique eam, quæ propter atrociorem injuriæ speciem ex lege Cornelia moveri solet, dum quis se pulsatum verberatum domumve suam vi introitam queritur. Cum ergo non levis, sed atrocissima contumelia fuerit credita, imo sceleris immanitas, defunctorum turbare quietem, tum ejiciendo reliquias, tum arcendo cadavera a locis perpetuæ sepulturæ, & æternæ quasi sedi quietique destinatis, imo *defunctorum* quasi *domibus*, ut loquitur Imp. arg. *l. qui sepulchra* 4. *C. de sepulchro violato: l. nemo* 3. *in med. C. de episcop. audientia:* iniquum non fuit, exemplo eorum, qui viventium domos, tutissima illa superstitum refugia, violenter turbassent, etiam illos, qui defunctos a suis arcuissent quasi ædibus sedibusque quietis, in perpetuum teneri. Sed & amplius, sepulchri violati actionem, utpote popularem, nec hæredi nec in hæredem dari, ex popularium actionum communi natura manifestum est: *l. pen. & ult. ff. de popularib. action. l. si vero plures* 5. §. *hæc autem actio* 5. *ff. de his qui effud. vel dejec.* hanc vero in factum actionem adversus illum, qui mortui illationem prohibuit, ad sepulchri violati judicium pertinere, patet evidenter ex *l. sepulchri* 8. *ff. de sepulchro violato:* ubi Macer Jurisconsultus ait, *sepulchri violati crimen posse dici ad legem Juliam de vi publica pertinere, ex illa parte, qua de eo cavetur*, qui fecerit quid, quo minus aliquis funeretur sepeliaturve, *quia & qui sepulchrum violat, facit quo quis minus sepultus sit*.

2 Quod si alius locus commodus ad inferendum cadaver sepelire volenti, sed prohibito, non suppetat, liberum ei est in continenti prohibitorio experiri interdicto, ad id, ut prætor vim fieri vetet mortuum inferenti, quo ei inferendi jus est: *d. l.* 8. §. *ult. l.* 9. *ff. de religiosis: l.* 1. *ff. h. t.* Considerandum tamen, utile hoc interdictum nonnunquam & illis accommodari, qui jure inferendi mortuum destituti sunt, veluti nudis proprietariis contra fructuarios, aut sociis contra socios respectu loci puri: *l. sunt personæ* 43. *ff. de religiosis*. Quod ita placuit, tum quia ea sæpe negotiorum, quia quæ interdicta versantur, conditio est, ut tantam moram non patiantur, quanta ad plenam causæ cognitionem sufficiens est, uti id in ipsis funeribus faciendis in aperto est; quo fit, ut, dum summatim tantum causa cognoscitur, interdicta etiam iis quandoque dentur, quibus jus nullum quæsitum est: *l.* 1. §. *sed & si* 10. *ff. de aqua quot. & æstiva: l. ult. ff. de rivis:* tum præcipue favore religionis & pietatis, ac publicæ utilitatis, ne cadavera jacerent insepulta; qui favor tantus est, ut nonnunquam in ambiguis religionis quæstionibus strictam juris rationem omittere soleamus, ac insuper habere, quia summa ratio est, quæ pro religione facit: *d. l.* 43. *in fine ff. de religiosis*. Et quamvis in interdictis causam proprietatis continentibus plena atque perfecta causæ cognitio prætermittenda videatur, quia tunc tota quæstio finitur, nec ulla lis principalis deinde superest: *l.* 1. §. *ult. ff. de aqua quot. & æstiva:* in hoc autem interdicto quasi proprietatis quæstio versatur: *l. interdictorum* 2. §. *quædam* 2. *ff. de interdictis:* observandum tamen, ob periculum in mora, cujus impatiens sepultura est, plenam causæ cognitionem adhiberi non posse; neque eam rem tantopere domino loci, socio, vel fructuario, fraudi esse, quia locus illatione tali justum sepulchrum non fit: *d. l.* 43. ac proinde vel de cadavere auctoritate publica eximendo, vel de loci pretio præstando actio læso superest, titulo præcedente explicata.

3 Si quis sepulchrum quidem habeat, aditu vero ad illud careat, officio judicis vicini cogi possunt, ut vel precario, vel pretio justo constituto, iter aut viam concedant funus facturo: *l. si quis sepulchrum* 12. *pr. ff. de religiosis: l. utimur.* 5. *ff. de sepulchro violato:* de quo latius actum *tit. de servit. præd. rusticor. n.* 4.

4 Est & interdictum de sepulchro ædificando, ei competens, qui in suo loco sepulchrum ædificat, vel etiam reficit: *l.* 1. §. *pen. ff. h. t.* adversus illos, qui ædificationem refectionemve impediunt, sive directo, sive per consequentiam; quive id agunt, ut sepulchrum collabatur: *l.* 1. §. *prætor ait* 5. *& seqq. ff. h. t.* ad id, ne vis fiat jure suo ædificanti reficientique: *d. l.* Ut tamen denegandum sit hoc interdictum, si ædificans in solo alieno velit machinam ad exstruendum ponere aut alligare, vel materiam eo congerere, vel propius ædes alienas sepulchrum ædificare, cum nulla ei rei servitus constituta esset: *l.* 1. §. *ædificare* 8. *l. si propius* 3. *ff. h. t.* Et, si cadaver jam illatum esset, atque ita locus religiosus factus, pontifices explorare debuerunt, quatenus, salva religione, desiderio reficiendi operis medendum fuerit: *l. ult.* §. 1. *ff. h. t.*

FINIS TOMI II.







